Die Sondervorschriften des Handelsrechts über Mängelhaftung beim Handelskauf

(§§ 377, 378 des Handelsgesetzbuches)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Schreiber
Referendar in Cöln.

Cöln, 1909.
Druck von Greven & Bechtold, Weyerstraße 19.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0045

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

Einleitung 1

Die Mängelhaftung beim Handelskauf.

A. Die Rechtsvorschriften:

I. ihre Entwicklung:

1. im bürgerlichen Recht 2
2. im Handelsrecht 5

II. die geltenden Bestimmungen:

1. ihre Bedeutung und Abgrenzung 7
2. ihr Verhältnis zum bürgerlichen Recht 13

B. Der Inhalt der Sondervorschriften:

I. Die Voraussetzungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht:

1. Handelskauf unter Kaufleuten:

a) Handelskauf 15
b) unter Kaufleuten 19

2. Ablieferung:

a) Begriff 21
b) Tatbestand und Vollendung 22

3. Mangelhaftigkeit der Warensendung:

a) Qualitätsmängel 26
b) Quantitätsmängel und Lieferung einer andern Ware 30

II. Die Untersuchung:

1. Begriff 35
2. Person 36
3. Ort 38
4. Zeit 39
5. Inhalt 42
6. Kosten 48

III. Die Mängelanzeige:

1. Begriff 49
2. beteiligte Personen 50
3. Zeit 54
4. Form und Inhalt 59
5. Absendung 63
6. Kosten 66

IV. Die rechtlichen Folgen:
1. im Falle der Unterlassung der Mängelanzeige:
a) bei Qualitätsmängeln 66
b) bei Quantitätsmängeln und Lieferung einer andern Ware 67
2. im Falle der Erstattung der Mängelanzeige:
a) bei Qualitätsmängeln 68
b) bei Quantitätsmängeln und Lieferung einer andern Ware 71
V. Die Einschränkung bezw. Erweiterung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht:
1. durch Gesetz:
a) beim Viehkauf 71
b) bei arglistigem Verschweigen eines Mangels 72
2. durch Vertrag 77
VI. die Beweislast 80
Schluß 84

Literaturverzeichnis.

Anschütz-v. Völderndorff: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. III. Erlangen 1874.

Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Rümelin, Wendt und anderen. Tübingen und Leipzig.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Leipzig.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 4. Aufl. Jena 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. Tübingen und Leipzig 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes.

Dernburg: Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. II, 4. Aufl. Halle a. d. Saale 1889.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, Abt. 2, 3. Aufl. Halle a. d. S. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen, Stuttgart.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Bd. I, 7. Aufl. Berlin 1896.

Gareis: Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870.

Gareis-Fuchsberger: Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891,

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. III. Berlin 1906.

Goldschmidt: Universalgeschichte des Handelsrechts. Stuttgart 1891.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

v. Hahn: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II. 2. Aufl. Braunschweig 1875.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Bd. I 1883, Bd. II 1884. Berlin.

Heise und Cropp: Juristische Abhandlungen. Hamburg 1827.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltsvereins. Herausgegeben von Neumann.

Krahmer: Gegenseitige Verträge. Halle a. d. S. 1904.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1901.

von der Leyen: In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. XVI, S. 86 ff.

Lürmann: Über die stillschweigende Billigung der gekauften Ware, insbesondere durch stillschweigendes Behalten einer nach Abschluß des Handels empfangenen Probe der gekauften Ware, 1860. (Neues Archiv für Handelsrecht.)

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. II, 13. Aufl. Berlin 1907.

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Begründet von Holdheim in Frankfurt a. M.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II, 3. Aufl. Berlin 1907.

Puchelt-Förtsch: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II, 4. Aufl. Leipzig 1894.

Recht, das. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. Hannover und Leipzig.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, die. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.

Roscher: Nationalökonomik des Handels und Gewerbfleißes. Bd. III, 7. Aufl. Stuttgart 1899.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Herausgegeben von Hoffmann, Sommerblatt und Wulfert.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Herausgegeben von Schütt. München und Berlin.

Schlodtmann: In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. XXXVII.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl., Berlin 1904.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin. Bd. I 1906, Bd. II 1907.

v. Staudinger-Kober: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Besonderer Teil. 4. Aufl. München 1908.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Auflage. Berlin 1885.

Stübel: Die Mängelanzeige im Handelsverkehr, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. X, S. 405 ff.

Thöl: Das Handelsrecht. Bd. I, 6. Aufl. Leipzig 1879.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. II, 8. Aufl. Freiburg i. B. 1894.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt. Herausgegeben von Keißner und Lehmann.

Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Abkürzungen.

A. L. R. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
E. G. = Einführungsgesetz.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
a. H. G. B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.
R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. O. H. G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung vom 20. Mai 1898.

Einleitung.

Der Handel ist ein wichtiger Bestandteil der modernen Volkswirtschaft. Er bildet die Vermittlung zwischen der Erzeugung und dem Verbrauch der Güter und besteht in gewerbsmäßig betriebenem Anschaffen zum Zweck der Wiederveräußerung.[1]) Die Aufgabe des Handels besteht in der Förderung des Güteraustausches, durch die dem Produzenten der Absatz, dem Konsumenten die Deckung seines Bedarfs erleichtert wird.

Die Verschiedenartigkeit des Handelsverkehrs gegenüber dem bürgerlichen Verkehr, und die Bedeutung des Handels für das Rechtsleben haben zur Entstehung von Rechtsvorschriften geführt[2]), die sich auf das Sondergebiet des Handelsverkehrs beschränken und in ihrer Gesamtheit das Handelsrecht darstellen.

Die Bestimmungen des Handelsrechtes weichen in vielen Punkten mehr oder weniger erheblich von den Regeln des bürgerlichen Rechtes ab. Auch der Handelskauf hat im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897[3]) eine von den Normen des bürgerlichen Kaufs in einigen Punkten abweichende Regelung erhalten.

Unter den Vorschriften über den Handelskauf nimmt die Bestimmung über die Mängelhaftung einen hervorragenden Platz ein. Die Mängelhaftung ist die Haftung des Verkäufers dafür, daß der Gegenstand des Kaufvertrages in bestimmtem Maße frei von Mängeln ist. Der Umfang der Mängelhaftung ist nicht bei allen Völkern und zu allen Zeiten der gleiche gewesen.

---

[1]) Roscher, Bd. III, S. 73 ff.

[2]) Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 10 f.; Heck im Archiv f. ziv. Pr. Bd. XCII, S. 439 ff.

[3]) H. G. B. §§ 373—382.

A. Die Rechtsvorschriften.

I. Ihre Entwicklung.

1. Im bürgerlichen Recht.

Das Recht eines Volkes ist bedingt durch seine kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Je nachdem diese einfach oder stärker entwickelt sind, wird sich auch das Recht in entsprechenden Formen bewegen.

a) Der römische Staat war in der alten Zeit fast ausschließlich ein Agrarstaat, das römische Volk lebte in Naturalwirtschaft. Rechtsgeschäfte, bei denen eine Gewährleistung für Sachmängel in Frage kommen konnte, sei es Tausch, wie in der ältesten Zeit oder Kauf, wie später, wurden nur selten abgeschlossen, da jede Familie alles zum Leben Notwendige selbst hervorbrachte. Daher hatte das Zivilrecht den Satz aufgestellt, daß der Verkäufer zur Leistung des Interesses nur dann verbunden sei[1]), wenn er Eigenschaften der Kaufsache, die ihr fehlten, versprochen habe und ferner dann, wenn er beim Kaufabschluß Mängel der Sache gekannt und schuldhafterweise verschwiegen habe[2]). Dem Käufer stand zwecks Geltendmachung seines Interesses die actio emti während der ganzen Dauer der dreißigjährigen Verjährungsfrist zur Seite. Dabei war es gleichgültig, ob er die Mangelhaftigkeit der Sache schon früher erkannt hatte oder hätte erkennen müssen[3]).

Diese Bestimmungen reichten zur Zeit der römischen Kaiser nicht mehr aus. In der Zwischenzeit war eine tiefgehende Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des römischen Staats eingetreten.

---

[1]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 275 ff; Windscheid, Bd II, S. 639 ff.; Hanausek, Bd. I, S. 41—45.

[2]) Cicero, de officiis III, cap 16, § 65; l. 13 pr. D. de actionibus emti venditi.

[3]) Hanausek, Bd. II, S. 333, 335.

Der Ackerbau bildete nicht mehr die ausschließliche Grundlage des wirtschaftlichen Lebens. An die Begründung der politischen Weltmacht hatte sich vielmehr die Herrschaft auf dem Weltmarkt geknüpft. Der Handel nahm einen breiten Raum im Wirtschaftsleben der damaligen Zeit ein. Er erstreckte sich nicht nur auf die Orte des eigenen Landes und auf benachbarte Länder, sondern auch auf überseeische Provinzen und Reiche. Die Edikte der kurulischen Ädilen setzten daher eine viel weitergehende Haftung des Verkäufers fest, indem sie im Anschluß an ihre Marktjurisdiktion besondere Vorschriften für Sklavenverkäufe[1]) und für Verkäufe von Spannvieh[2]) gaben. Danach haftete der Verkäufer nicht nur für die versprochenen, sondern für alle bei den Vertragsverhandlungen und ihrer Vorbereitung angegebenen Eigenschaften der Kaufsache, sofern der Käufer nicht die Unrichtigkeit der Angaben gekannt hatte. Ferner mußte der Verkäufer für nicht angezeigte verborgene Mängel einstehen, selbst wenn er sie nicht gekannt hatte. In diesen Fällen mußte der Käufer seine Ansprüche mit der actio redhibitoria oder der actio quanti minoris geltend machen. Erstere bezweckte die Auflösung des Kaufvertrages und beiderseitige Rückleistung, letztere verhältnismäßige Preisminderung.

b) Wie das alte Rom, so war auch Deutschland in den Anfängen seiner Entwicklung ein Agrarstaat. Daher zeigten die Bestimmungen des deutschen Rechts über die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Sache eine wesentliche Übereinstimmung mit den Regeln des römischen Zivilrechts über Mängelhaftung. Der Verkäufer mußte nach altdeutschem Recht dafür einstehen, daß die verkaufte Sache die verabredeten Eigenschaften hatte und ohne erhebliche Fehler war; er konnte vom Käufer durch Redhibition der fehlerhaften Sache gezwungen werden, den Kauf rückgängig zu machen.[3]) Der Verkäufer haftete aber nicht mehr für Fehler, wenn der Käufer die Sache „besehen" und in seine Were gebracht hatte, wie sich aus den Rechtssprichwörtern: „Augen für Geld", „Augen auf, Kauf ist Kauf!", „Tu die Augen oder den Beutel auf!" erkennen läßt. Der Verkäufer konnte nur in Anspruch genommen werden, wenn er einen ihm bekannten Fehler verschwiegen

[1]) l. 1 § 1 D. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris 21, 1.
[2]) l. 38 pr. D. h. t. 21, 1.
[3]) Stobbe, Bd. III, S. 244 ff.; Heise und Cropp, S. 163 ff.

hatte.[1]) Wenn das Besehen nicht schon beim Abschluß des Vertrages, wie beim Platzhandel, stattgefunden hatte, mußte es nach dem Empfange erfolgen.[2]) Doch wird hierbei in der Absicht der Parteien gelegen haben, daß die Besichtigung möglichst bald nach dem Empfange vorgenommen werden solle.[3]) Eine weitere Haftung des Verkäufers trat nur bei heimlichen Mängeln ein.

Besondere Vorschriften galten in Deutschland seit alter Zeit für den Viehhandel.[4]) Bereits das bayrische Gesetz[5]) und die Kapitularien[6]) verordneten, daß der Käufer wegen der fehlerhaften Sache, besonders wegen fehlerhaftem Vieh, Ansprüche nur in einer kurzen Frist, die meistens auf drei Tage bemessen war, geltend machen könne und nur, wenn der Verkäufer den Fehler gekannt und verheimlicht hatte und der Fehler ein recht erheblicher war. Konnte aber der Verkäufer nebst einem Eideshelfer schwören, daß er den Fehler nicht gekannt habe, so fand keine Redhibition statt. Eine ähnliche Bestimmung enthält das angelsächsische Recht.[7]) Auch zahlreiche jüngere deutsche Gesetze, namentlich in Süddeutschland[8]) stellten Normen dieser Art auf.

c) In der Zeit der Rezeption mußten die einheimischen Rechtsregeln zum größten Teil den Grundsätzen des römischen Rechts

---

[1]) z. B. Hamburger Statut von 1252: So welkerhande goet ein man kopft und besuht, dat scal he ghelden. War aber koren (Korn) ofte holt an eneme schepe (Schiffe) unde boven (oben) beter were denne neden (unten) und nicht geseget wurde, so wat ein man des goedes an sine were bringet, dat scal he ghelden un dat andere nicht, und de it valschelike in deme schepe hevet, scal it beteren mit 3 mark sülvers. Kopft ein man quic (Vieh) und besuht he it, he scal it ghelden.

[2]) Nach den älteren Rezensionen des hamburgischen und lübischen Rechts (v. J. 1292).

[3]) Heise und Cropp, S. 183, 184.

[4]) Ebenda, S. 165.

[5]) L. Baiuvar. tit. 15 cap. 9 (ed. Mederer tit. 16 cap. 9).

[6]) Capitul. lib. V. cap. 362.

[7]) Lex Jnae 56 (ap. Wilkins pag. 23, 24): „Si quis rem aliquam mercatus sit, et ille intra triginta dies aliquid vitiosum in ea repererit, tunc restituat rem illam emtam manibus venditoris vel iuret, se nihil vitii in ea novisse, cum illam ipsi venderet."

[8]) z. B. Ansbachische V. O. v. 1722, Baireuther Landeskonstitution v. 1722 Tit. 5, Großherzogl. Hess. Ges. v. 15. Juli 1858, Bair. Ges. v. 26. März 1859, Preuß Ges. f. d. Hohenzollernschen Lande v. 5. Juni 1863.

weichen. Hauptsächlich wurden die Ediktsnormen wegen Zusagen und wegen verborgener Mängel rezipiert.[1])

Auch in den neuern Kodifikationen[2]) haben die Bestimmungen des römischen Rechts Aufnahme gefunden, so insbesondere im allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten[3]), das aber von deutschem Recht beeinflußt ist und auch schon besondere Bestimmungen für den Handel enthält. Das allgemeine Landrecht gibt dem Käufer, wenn der Kaufsache vorbedungene Eigenschaften fehlen, das Recht, von dem Vertrage abzugehen und die Sache in dem empfangenen Zustande zurückzugeben oder Preisminderung zu verlangen.[4]) Die Annahme einer Sache mit solchen Mängeln ist niemals als Genehmigung anzusehen.

Fehlen der Kaufsache Eigenschaften, die gewöhnlich vorausgesetzt werden, so tritt, wenn sie verborgen sind, die gleiche Behandlung ein, wie bei solchen Mängeln, deren Abwesenheit ausdrücklich vorbedungen ist. Offenbare Mängel gelten dagegen als genehmigt, wenn der Käufer die Sache übernommen hat, ohne die Fehler ausdrücklich zu rügen.[5])

d) Das bürgerliche Gesetzbuch endlich lehnt sich in der Hauptsache [6]) den römischrechtlichen Grundsätzen, in den Bestimmungen über Viehmängel [7]) dagegen dem altdeutschen Recht an.

2. Im Handelsrecht.

a) Im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts ergab sich infolge des gewaltigen Aufschwungs von Industrie und Handel und infolge der Unfähigkeit des allgemeinen bürgerlichen Rechts, auf die Dauer dem deutschen Handel zu genügen, die Notwendigkeit für ganz Deutsch-

---

[1]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 269.

[2]) A. L. R. I, 5, §§ 317 ff.; code civil Art. 1641 ff., vgl. dazu Zachariä-Crome, Bd. II, S. 489 ff.; Sächs. B. G. B. §§ 899 ff.

[3]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. II, S. 389 ff.; Förster-Eccius, Bd. I, S. 496 ff.

[4]) A. L. R. I, 5, §§ 325—328.

[5]) A. L. R. I, 5, §§ 330, 331.

[6]) B. G. B. §§ 459—480.

[7]) B. G. B. §§ 481—493.

land geltende besondere gesetzliche Vorschriften für den Handel zu erlassen. Die eigentümlichen Rechtsverhältnisse des Handels, der Umstand, daß das im Mittelalter geltende allgemeine bürgerliche Recht den besonderen Bedürfnissen des aufblühenden Handels nicht gerecht werden konnte, ferner die Starrheit und Unbeweglichkeit des bürgerlichen Rechts hatten zwar im Mittelalter schon zur Entstehung von Rechtsregeln für den Handelsverkehr, unter denen sich auch Bestimmungen über die Gewährleistung für Sachmängel befanden, geführt.[1]) Diese hatten sich aber neben den Erzeugnissen der autonomen Gesetzgebungsgewalt des zünftigen Handelsstandes oder den Satzungen der Stadtgemeinden hauptsächlich im Wege des Handelsgewohnheitsrechts[2]) gebildet. Letzteres gilt besonders von den Vorschriften über die Gewährleistung für Sachmängel. Ihren Ausgang hatten diese Bestimmungen von dem Institut des merkantilischen Empfangs[3]) genommen, durch das dem Käufer vorgeschrieben wurde, die Ware binnen einer angemessenen Frist zu untersuchen und wegen entdeckter Mängel Anzeige zu erstatten. Eine Unterlassung der Anzeige sollte als Genehmigung der Ware hinsichtlich aller bei ordnungsmäßiger Untersuchung hervorgetretener Mängel gelten. Diesen Vorschriften fehlte es jedoch im Verkehr an der erforderlichen Schärfe. Man legte ihnen ungefähr den Sinn bei, der Käufer dürfe den Verkäufer nicht allzulange im Ungewissen über die Stellung lassen, die er zur Ware hinsichtlich deren Beschaffenheit einzunehmen gedenke.[4])

b) In dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857, der den Beratungen zum Zweck der Abfassung eines deutschen Handelsgesetzbuchs zugrunde gelegt wurde, fanden die Grundsätze des merkantilischen Empfangs Aufnahme. Sie wurden dann auch in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, das in den Jahren 1861—1865 von den deutschen Staaten als Landesgesetz in ihren Gebieten eingeführt, aber alsbald zum nord-

---

[1]) Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 10, 11.

[2]) Anschütz-v. Völderndorff, Bd. III, S. 295, Anm. 5; Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 317; Hanauseck, Bd. II, S. 83, 84, Puchelt-Förtsch, Bd. II, S. 972.

[3]) Lürmann, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. II, S. 168—171.

[4]) v. Hahn, Bd. II, S. 317.

deutschen Bundesgesetz und deutschen Reichsgesetz erhoben wurde[1]), übernommen.[2])

Die Bestimmung des allgemeinen Handelsgesetzbuchs legte dem Käufer die Pflicht auf, die Ware ohne Verzug nach der Ablieferung zu untersuchen, unterschied sich jedoch von dem Institut des merkantilischen Empfangs dadurch, daß sie sich nur auf Distanzgeschäfte, nicht auch auf Platzkäufe bezog[3]) und ferner nur beim Vorhandensein von Qualitätsmängeln, dagegen nicht bei Quantitätsmängeln Anwendung fand.[4])

c) Bei Gelegenheit des Erlasses des bürgerlichen Gesetzbuchs wurde das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 ersetzt.

II. Die geltenden Bestimmungen.

1. Ihre Bedeutung und Abgrenzung.

a) Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat die Vorschriften über die Mängelhaftung in der Hauptsache unverändert gelassen,[5]) in doppelter Hinsicht aber einen andern Standpunkt eingenommen. Es beschränkt die Untersuchungs- und Anzeigepflicht auf den zweiseitigen Handelskauf, läßt sie aber nicht nur dann zu, wenn die Ware von einem anderen Orte übersendet wird, sondern auch für den Fall des Platzkaufes. Diese Änderungen waren bereits in der Kommission zur Beratung des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs beantragt, aber abgelehnt worden.[6]) Neu hinzugefügt wurde die Bestimmung, daß die Vorschriften des § 377 auch dann Anwendung finden sollen, wenn eine andere als die bedungene

---

[1]) Cosack, Handelsrecht, S. 14, 15.

[2]) a. H. G. B. Art. 347.

[3]) Lürmann, S. 171.

[4]) Vgl. dagegen Gareis-Fuchsberger, S. 734, Note 108—113, der eine Ausdehnung der Rügepflicht auf Quantitätsmängel als Erfordernis der Rechtslogik und des Verkehrsbedürfnisses ansieht.

[5]) H. G. B. § 377.

[6]) Motive z. Entw. eines H. G. B. für die preuß. Staaten, S. 645—648.

Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, es sei denn, daß die Abweichung allzu erheblich ist.[1])

b) Diese Bestimmungen entsprechen den stetig wachsenden Bedürfnissen des Handelsverkehrs[2]) und dienen dem Schutze des Verkäufers. Sie sind ein privilegium favorabile für den Verkäufer, ein privilegium odiosum für den Käufer[3]) und haben besonders für den Verkäufer große Bedeutung.[4])

Vor allem erfordert es die Rücksicht auf Treu und Glauben im Handelsverkehr, daß der Verkäufer baldige Gewißheit erlangt, ob er einen Kauf als fest und unwandelbar ansehen kann und nicht zu befürchten braucht, daß der Käufer, wie es ihm das bürgerliche Recht gestattet,[5]) seine Ansprüche erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend macht, obschon er vielleicht gleich nach Empfang der Ware entschlossen ist, wegen eines Mangels der Ware die Lieferung nicht gelten zu lassen. Dem Verkäufer muß für den Fall, daß der Kauf nicht zustande kommt, die Möglichkeit gegeben werden, ohne großen Zeitverlust wieder über die Kaufsache zu verfügen.[6]) Allerdings hat auch nach bürgerlichem Recht der Verkäufer es in der Hand,[7]) von dem Käufer dadurch, daß er ihm eine angemessene Frist bestimmt, binnen deren er sich dem Verkäufer gegenüber zu erklären hat, eine Entscheidung darüber zu verlangen, ob er Wandelung beanspruchen wolle. Aber diese Aushülfe ist insofern unzureichend, als der Käufer es zunächst unterlassen kann, dem Verkäufer eine Erklärung abzugeben.[8])

Durch eine unverzügliche Mängelanzeige wird ferner dem Verkäufer der Beweis der vertragsmäßigen Lieferung erleichtert.[9]) Von großer Bedeutung ist dies bei der Lieferung leicht verderblicher Waren.[10])

---

[1]) H. G. B. § 378.

[2]) Stübel, S. 406; R. O. H. G. Bd. LII S. 53.

[3]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 150.

[4]) Motive z. Entw. eines H. G. B. für die preuß. Staaten, S. 141.

[5]) B. G. B. § 477.

[6]) R. O. H. G. Bd. II, S. 99—103; Bd. IV, S. 48; Bd. XIV, S. 67; Bd. XV, S. 271.

[7]) B. G. B. § 466.

[8]) Schollmeyer, S. 29.

[9]) Siehe unten B, VI, 2, S. 82 f.

[10]) R. O. H. G. Bd. X, S. 270.

Endlich nimmt die Rügepflicht dem Käufer die Möglichkeit der Ausbeutung des Verkäufers dadurch, daß im Falle der Lieferung solcher Waren, die erheblichen Kursschwankungen ausgesetzt sind,[1]) der Käufer beim Steigen des Kurses die Ware trotz der Mängel behalten, beim Sinken des Kurses unter Berufung auf die Mängel zurückgeben würde.

Daß in der Fiktion der Genehmigung der Ware von seiten des Käufers bei Unterlassung rechtzeitiger Anzeige eine gewisse Härte liegt, ist nicht zu leugnen. Aber das Interesse der Allgemeinheit kann nicht hinter dem des einzelnen zurückstehen; zudem wird der Käufer einen infolge Verspätung der Anzeige erlittenen Nachteil meistens der eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben haben.

c) Außer den gesetzlichen Vorschriften kommen in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche in Betracht.[2]) Dies gilt aber bezüglich der Mängelhaftung nur für den zweiseitigen Handelskauf. Beim einseitigen Handelskauf finden nur die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.[3])

Unter Gewohnheiten und Gebräuchen sind nicht Sätze des objektiven Rechts, sondern nur die tatsächliche Übung und Verkehrssitte zu verstehen.[4]) Doch wird auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten,[5]) die sich aber mit Rücksicht auf das dadurch hervorgerufene Schwanken des Begriffs Gewohnheitsrecht schwerlich Anerkennung verschaffen wird.

Für die Ermittelung dieser Gewohnheiten und Gebräuche sind unerheblich die einseitig aufgestellten Geschäftsbedingungen und Formulare, unerheblich ist ferner, ob diese Bedingungen von der andern Seite

[1]) Schollmeyer, S. 29; R. O. H. G. Bd. XXI, S. 260.

[2]) H. G. B. § 346 in Verbindung mit B. G. B. §§ 133, 157, 242; vgl. auch Goldschmidts Zeitschr. Bd. LII, S. 11.

[3]) Makower, Bd. II, S. 979, Goldmann, Bd. III, S. 1369 f.; s. dagegen Staub, Bd. II, S. 1138 Anm. 2 und Cosack, Handelsrecht, S. 111. Letzterer bezeichnet es als sinnlos, daß eine Sitte, die sich tatsächlich im Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann gebildet hat, unberücksichtigt bleiben soll. Er will daher H. G. B. § 346 nur auf solche Gebräuche bezogen wissen, die schon ihrer Entstehung nach auf den Verkehr zwischen Kaufleuten beschränkt sind.

[4]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 4; Cosack, Handelsrecht, S. 111; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 18, Nr. 4; Staub, Bd. I, S. 8, Anm. 25; R. G. Bd. XLIX, S. 161.

[5]) Danz in Iherings Jahrbüchern, Bd. XXXVIII, S. 380 ff.

als Vertragsbedingung ausdrücklich angenommen sind, da die Annahme nicht aus freiem Willen, sondern aus wirtschaftlichem Zwang entsprungen sein kann. Für den Verkehr von Kaufleuten verschiedener Geschäftszweige kommen jedoch die von einer gemeinsamen kaufmännischen Behörde aufgestellten Geschäftsbedingungen, und für den Verkehr unter Kaufleuten desselben Geschäftszweigs die für diesen Geschäftszweig von einer gemeinsamen Behörde oder von einer Behörde des betreffenden Geschäftszweigs aufgestellten Bedingungen in Betracht.[1])

Abgesehen hiervon hat man einen Handelsbrauch dann anzunehmen, wenn in zahlreichen Fällen Kaufleute eine entsprechende Vertragsbedingung beobachtet haben, ohne sich ihr ausdrücklich unterworfen zu haben und ferner nur dann, wenn sich eine dahin gehende tatsächliche Übung ausgebildet hat,[2]) nicht nur eine diesbezügliche Anschauung bei den Beteiligten besteht. Außerdem muß diese Übung soweit verbreitet sein, daß jeder ohne allzugroße Schwierigkeit imstande ist, sich die Kenntnis von jener Sitte durch Rückfrage bei Personen, die ähnliche Geschäfte abzuschließen pflegen zu verschaffen. Wenn die Möglichkeit dieser Kenntnisnahme vorliegt, ist der Handelsgebrauch selbst demjenigen gegenüber zur Anwendung zu bringen, der ihn nicht kannte.[3]) Gegenüber zwingenden Vorschriften kann ein Handelsgebrauch nicht berücksichtigt werden.[4])

Die Handelsgebräuche gelten nur für den Bereich, für den sie sich tatsächlich gebildet haben. Man muß daher unterscheiden zwischen Handelsgebräuchen, die für ganz Deutschland und solchen, die nur für einen Teil desselben, z. B. die Rheinprovinz oder Bremen, ferner zwischen Handelsgebräuchen, die für den ganzen Handel und solchen, die nur für einzelne Handelszweige, z. B. für den Getreide-, Spiritus-, Zucker- oder Wollhandel, weiter zwischen solchen, die nur für den Groß- oder nur für den Kleinhandel oder für beide zusammen gelten. Endlich kommen Gebräuche in Betracht, die nur für den Verkehr zwischen Kauf-

---

[1]) Makower, Bd. II, S. 983.

[2]) R. G. Bd. XXXI, S. 118.

[3]) Staub, Bd. I, S. 9, Anm. 25; Makower, Bd. II, S. 980; s. dagegen R. O. H. G. Bd. VI, S. 78; Bd. XXII, S. 146.

[4]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B. S. 4.

mann und Kaufmann oder auch für den Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann Geltung haben.

Die Zahl der auf die Mängelhaftung beim Handelskauf bezüglichen Gebräuche ist sehr groß. Hier mögen einige Beispiele genügen:

Auf Grund der Handelssitte ist unter Berücksichtigung der Interessen beider Teile zu bestimmen, was zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung der Ware gehört.[1]) So genügt z. B. flüchtiges Ansehen der Ware nie, Faßweine z. B. sind vielmehr zu kosten, Maschinen aufzustellen und in Gang zu setzen. Waren von gleichmäßiger Beschaffenheit brauchen nur zu einem Teile untersucht, von zwölf Ballen Wolle z. B. nur einer geöffnet zu werden.[2])

Ferner richtet es sich nach Handelsgebrauch, welche Mängel der Verkäufer zu vertreten hat, zwar hat der Verkäufer Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern,[3]) aber für die Frage, was unter Handelsgut mittlerer Art und Güte zu verstehen ist, ist nächst Parteiabreden in erster Reihe die Verkehrssitte maßgebend.[4]) Nach den Usanzen der Produktenbörse in Frankfurt a. M. ist z. B. Öl, das nicht rein und klar ist, nicht lieferbar; Rüböl muß, wenn nichts anderes vereinbart ist, 38% nach der Fischerschen Ölwage wiegen.[5])

d) Wohl zu unterscheiden von den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen ist das Handelsgewohnheitsrecht. Beiden gemeinsam ist die tatsächliche Übung, aber der Grund der Übung ist hier und dort verschieden. Bei ersteren beruht nämlich die Übung darauf, daß man das Geübte für sittlich und anständig hält. Das Gewohnheitsrecht dagegen kennzeichnet sich durch die Auffassung, daß das Geübte für rechtlich notwendig gehalten wird, durch die opinio necessitatis; es ist „die in der tatsächlichen und langdauernden Übung zum Ausdruck gelangte allgemeine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes".[6]) Die Gewohnheiten und Gebräuche können sich also unter Umständen zum Gewohnheitsrecht verdichten. Im Gegen-

---

[1]) R. G. Bd. XXVI, S. 571.

[2]) Cosack, Handelsrecht, S. 159.

[3]) H. G. B. § 260.

[4]) Makower, Bd. II, S. 1056, Nr. 2, Lehmann-Ring, Bd. II, S. 60, Nr. 6.

[5]) Gareis, S. 59, Anm. 9.

[6]) Staub, Bd. I, S. 11, Anm. 35.

satz zum alten Handelsgesetzbuch, das die Anwendung des Handelsgewohnheitsrechts, soweit das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthielt, ausdrücklich zuließ,[1]) gibt weder das neue Handelsgesetzbuch, noch das bürgerliche Gesetzbuch eine Vorschrift über die Wirksamkeit gewohnheitsrechtlicher Sätze. Die Entscheidung der in Betracht kommenden Fragen bleibt lediglich der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen. Die herrschende Ansicht schreibt dem Gewohnheitsrecht bindende Kraft zu und zwar nicht bloß dem Reichsgewohnheitsrecht, sondern auch dem partikularen und örtlichen Gewohnheitsrecht.[2]) Das Gewohnheitsrecht hat ferner dem Gesetz gegenüber nicht nur ergänzende, sondern auch abändernde Kraft.[3]) Die gesetzliche Bestimmung, daß der Preis einer Sache sofort zu bezahlen ist, kommt z. B. im Weinhandel nicht zur Anwendung, wenn in diesem ein sechsmonatiges Ziel rechtsüblich ist,[4]) d. h. wenn sich infolge andauernder, tatsächlicher Übung in dieser Hinsicht die Auffassung von der rechtlichen Notwendigkeit dieser Frist herausgebildet hat.

Die Frage, in wieweit durch Vorschriften des gemeinen Handelsgewohnheitsrechts Vorschriften des Handelsgesetzbuchs abgeändert werden können, ist aber ohne erhebliche Bedeutung, da der Bildung eines solchen Gewohnheitsrechts der Natur der Sache nach große Schwierigkeiten entgegenstehen.[5])

Für die Mängelhaftung beim Handelskauf hat das Handelsgewohnheitsrecht insofern eine besondere Bedeutung, als die Ansicht vertreten wird, daß dem Käufer durch Gewohnheitsrecht auch für den Fall des einseitigen Handelskaufs eine Rügepflicht auferlegt sei.[6])

---

[1]) a. H. G. B. Art. 1.

[2]) Staub, Bd. I S. 9, Anm. 26; Cosack, Handelsrecht, S. 19; derselbe, bürgerl. Recht, Bd. I, S. 34, 35, der dem Handelsgewohnheitsrecht nicht nur den Vorzug vor dem bürgerlichen Recht, sondern auch eine den Reichsgesetzen ebenbürtige Stellung einräumt. S. aber Denkschrift zum H. G. B., S. 3;

a. M. Küntzel, bei Gruchot, Bd. XLI, S. 488 und Goldmann-Lilienthal, § 7, die Gewohnheitsrecht mit unserm modernen Verfassungsleben unvereinbar finden.

[3]) Danz in Iherings Jahrbüchern, Bd. XXXVIII, S. 463; Cosack, Handelsrecht, S. 19.

[4]) Staub, Bd. I, S. 9, Anm. 27.

[5]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 4.

[6]) Staub, Bd. II, S. 1670 ff.

2. Ihr Verhältnis zum bürgerlichen Recht.

a) Bürgerliches Recht und Handelsrecht sind jetzt Teile eines einheitlichen Systems des Privatrechts. Viele Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuchs sind ihrem Inhalt nach in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden und dadurch im neuen Handelsgesetzbuch entbehrlich geworden. Das Handelsgesetzbuch gibt sozusagen einzelne mehr oder minder umfassende Zusätze zum bürgerlichen Recht. Auch für die Mängelhaftung beim Handelskauf sind im Handelsgesetzbuch nur einige wenige Abweichungen von den Vorschriften über die Mängelhaftung beim bürgerlichen Kauf festgesetzt. Daher kommen in allen Fragen, für die aus dem Handelsgesetzbuch, sei es direkt, sei es durch Auslegung oder Analogie, nichts zu entnehmen ist, die Regeln des bürgerlichen Rechts zur Anwendung.[1]) Vor allem sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die das Handelsgesetzbuch überhaupt nicht berücksichtigt, und die es als Allgemeinvorschriften des bestehenden bürgerlichen Rechts voraussetzt, z. B. die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Täuschung, Zwang, Scherz[2]) dem bürgerlichen Gesetzbuch zu entnehmen. Dasselbe gilt für die Begriffsmerkmale des Kaufs,[3]) der Mängelhaftung und für die Rechtswirkungen der Erstattung und Unterlassung rechzeitiger Mängelanzeige.

b) Bezüglich der Mängelhaftung stellt das bürgerliche Gesetzbuch den Grundsatz auf, daß der Verkäufer dem Käufer dafür haftet, daß die Kaufsache zurzeit des Gefahrübergangs nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder nicht unerheblich mindern. Die Kaufsache muß ferner die zugesicherten Eigenschaften haben.[4])

Sind derartige Mängel vorhanden, so kann der Käufer Wandelung oder Minderung,[5]) wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, auch Schadenersatz

---

[1]) E. G. zum H. G. B., Art. 2.
[2]) R. G. Bd. VIII, S. 248.
[3]) R. G. Bd. I, S. 57; Bd. XXVI, S. 43.
[4]) B. G. B. § 459.
[5]) B. G. B. § 462.

wegen Nichterfüllung[1]) und bei nur der Gattung nach bestimmten Sachen Lieferung einer mangelfreien Sache[2]) verlangen.

Die Haftung des Verkäufers fällt beim Vorliegen bestimmter Tatsachen weg. Zunächst hat der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel beim Kaufabschluß kennt oder falls es sich nicht um einen Fehler handelt, den der Verkäufer arglistig verschwiegen oder dessen Abwesenheit er zugesichert hat, infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt.[3]) Dasselbe ist der Fall, wenn sich der Käufer trotz Kenntnis des Mangels seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme der Sache nicht vorbehält.[4]) Auch Mängel einer auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauften Sache hat der Verkäufer nicht zu vertreten.[5])

Diesen Beschränkungen der Haftung des Verkäufers ist durch die Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf noch eine weitere Beschränkung hinzugefügt.[6]) Denn die Haftung des Verkäufers fällt hier fort, wenn der Käufer nicht der ihm vom Gesetz auferlegten Untersuchungs- und Rügepflicht nachkommt, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.[7]) Die Stellung des Verkäufers erfährt also hierdurch eine Verbesserung.

Der § 377 H. G. B. reiht sich also im einheitlichen System des Privatrechts den Ausnahmen von der grundsätzlichen Haftung des Verkäufers nach bürgerlichem Recht als eine weitere Ausnahme an. Im bürgerlichen Recht besteht eine Rechtspflicht zur Mängelanzeige nicht; doch kann im Einzelfall aus der Unterlassung einer den Umständen nach möglichen Untersuchung gelieferter Ware und Rüge eines Sachmangels gefolgert werden, daß der Empfänger auf seine Rechte habe verzichten wollen.[8])

---

[1]) B. G. B. § 463.
[2]) B. G. B. § 480.
[3]) B. G. B. § 460.
[4]) B. G. B. § 464.
[5]) B. G. B. § 461.
[6]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 149, Vorbem. Nr. 2.
[7]) H. G. B. § 377.
[8]) Makower, Bd. II, S. 1243. Motive zum Entw. eines B. G. B., S. 230.

B. Der Inhalt der Sondervorschriften.

I. Die Voraussetzungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht.

1. Handelskauf unter Kaufleuten.

a) Handelskauf.

Die erste Voraussetzung für die Begründung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers ist der Abschluß eines Handelskaufs.[1])

α) Es muß also ein Kaufvertrag vorliegen. Der Kauf ist die Einigung des Käufers und des Verkäufers über den Eigentumsübergang einer bestimmten Sache gegen ein bestimmtes Entgelt.[2]) Der Kauf muß zustande gekommen sein, d. h. der von einer Partei ausgehende Antrag muß von der andern Partei angenommen sein[3]) und die Parteien in allen den Punkten übereinstimmen, die von den Vertragschließenden als für sie wesentlich betrachtet werden,[4]) zum mindesten über Ware und Preis. Daraus folgt, daß der Käufer eine ohne Bestellung ihm zugesandte Ware nicht zu untersuchen braucht, da hier erst ein Vertragsantrag vorliegt.[5]) Die Untersuchungspflicht tritt erst ein, wenn der Käufer die Ware angenommen hat, sei es ausdrücklich oder stillschweigend.[6])

Allerdings wird Schweigen in der Regel als Ablehnung angesehen werden. Es wird aber als Annahme gedeutet werden müssen, wenn der Empfänger durch schlüssige Handlungen den Annahmewillen ausgedrückt hat und ferner, wenn der Empfänger Kaufmann ist und die Zusendung an ihn unter Verhältnissen erfolgte, aus denen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Veranlassung und Pflicht des Empfängers, sich im Falle der Ablehnung zu äußern, geschlossen werden kann.

---

[1]) H. G. B. § 377, Abs. 1.

[2]) B. G. B. § 433.

[3]) B. G. B. § 151.

[4]) B. G. B. § 154.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1671, Anm. 199 ff.; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 269; R. O. H. G., Bd. X, S. 144.

[6]) Hanauseck, Bd. I, S. 216, ist der Ansicht, falls der Empfänger unbestellt zugesandter Ware Käufer werde, sei er bereits vom Zeitpunkt der Ablieferung an als Käufer zu behandeln und zur Untersuchung verpflichtet.

β) Der Kauf muß ein Handelsgeschäft sein. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmannes, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören,[1]) die im § 1 Abs. 2 H. G. B. bezeichneten Geschäfte auch dann, wenn sie von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes abgeschlossen werden.[2]) Auch auf Minderkaufleute finden diese Vorschriften Anwendung,[3]) sowie auf denjenigen, dessen Firma eingetragen, dessen Gewerbe aber kein Handelsgewerbe ist.[4]) Dagegen kann ein Geschäft eines Nichtkaufmannes auf seiner Seite niemals ein Handelsgeschäft sein, da die absoluten Handelsgeschäfte des alten Handelsgesetzbuchs beseitigt sind. Für den Begriff des Handelsgeschäfts an sich ist es gleichgültig, ob beide Parteien die Kaufmannseigenschaft haben oder ob nur eine Partei sie besitzt. Dagegen greift der § 377 H. G. B. kraft ausdrücklicher Bestimmung nur dann Platz, wenn beide Teile Kaufleute sind.

Aber selbst im letzteren Fall ist der § 377 nicht immer anwendbar, da nicht alle Geschäfte eines Kaufmanns Handelsgeschäfte sind, z. B. bei Anschaffungen zum häuslichen Bedarf. Die gesetzliche Vermutung, daß die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören,[5]) wirkt nur im Zweifel, sie ist eine praesumtio iuris, d. h. sie ist durch Gegenbeweis widerlegbar.[6])

γ) Gegenstand des Handelskaufs können nur Waren oder Wertpapiere sein. Dies ergibt sich daraus, daß im Handelsgesetzbuch als Gegenstand des Handelskaufs nur Waren genannt werden.[7]) Den Waren werden aber die Wertpapiere ausdrücklich gleichgestellt.[8]) Daraus folgt, daß alle andern Gegenstände, z. B. Grundstücke, Forderungen, Hypotheken für einen Handelskauf ungeeignet sind.

---

[1]) H. G. B. § 343, Abs. 1
[2]) H. G. B. § 343, Abs. 2
[3]) H. G. B. §§ 4, 351.
[4]) H. G. B. § 5.
[5]) H. G. B. § 344.
[6]) Anschütz-v. Völderndorff, Bd. III, S. 52; Staub, Bd. II, S. 1134, Anm. 3.
[7]) H. G. B. §§ 373, 376—380.
[8]) H. G. B. §§ 381, Abs. 1.

Waren sind bewegliche Sachen[1]) und zwar alle Arten beweglicher Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.[2])

Wertpapiere sind Papiere, die ihrer Natur nach, besonders mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen. Hierzu werden auch Wechsel, Schecks und ähnliche Papiere gerechnet.[3]) Es handelt sich aber nur um Papiere, die als solche den Gegenstand des Kaufs bilden, bei denen also der Erwerb des Rechts aus dem Papier den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechts an dem Papier folgt.[4]) Dies sind in der Regel Inhaber- oder Orderpapiere, ausnahmsweise Namenspapiere.

δ) Da im § 377 H. G. B. ganz allgemein vom Kauf die Rede ist, so ist es selbstverständlich, daß seinen Vorschriften auch der Kauf nach Probe[5]) und der Kauf auf Probe[6]), die nur besondere Arten des Kaufs sind, unterliegen.

Auch auf diejenigen Rechtsgeschäfte, die nach dem bürgerlichen Gesetzbuch dem Kauf gleichgestellt sind, muß die Rügepflicht ausgedehnt werden. Solche Geschäfte sind der Tausch[7]) und der Werkvertrag, durch den der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen, sofern es sich um die Herstellung einer vertretbaren Sache handelt.[8]) Da aber ein sachlicher Grund, die Vorschriften über den Handelskauf nur bei einem derartigen Werklieferungsvertrag Platz greifen zu lassen, nicht besteht,[9]) so sind diese Vorschriften auch für anwendbar erklärt worden, wenn von dem Unternehmer eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist.[10])

Die Rügepflicht besteht ferner für den Kommittenten dem Kommissionär gegenüber, wenn eine Einkaufskommission erteilt ist, die für beide Teile ein Handelsgeschäft ist.[11])

---

[1]) H. G. B. § 1, Abs. 2, Nr. 1.
[2]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B. S. 10.
[3]) a. a. O., S. 10.
[4]) a. a. O., S. 227.
[5]) B. G. B. § 494.
[6]) B. G. B. §§ 495, 496, Stübel, S. 408.
[7]) B. G. B. § 515.
[8]) B. G. B. § 651.
[9]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 228.
[10]) H. G. B. § 381, Abs. 2.
[11]) H. G. B. § 391.

ε) Es ist nicht erforderlich, daß der Kauf oder eines der ihm gleichgestellten Geschäfte ein Distanzgeschäft ist, wie es im alten Handelsgesetzbuch vorgeschrieben war.[1]) Der Unterschied zwischen Distanz- und Platzkauf ist heute nur insofern von Bedeutung, als der Käufer, der bei einem beiderseitigen Handelskauf die ihm von einem andern Ort übersendete Ware beanstandet, für ihre einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen hat, unter Umständen, so bei leicht verderblichen Waren, die Ware verkaufen lassen kann.[2]) Für die Rügepflicht ist dieser Unterschied beseitigt, der Käufer ist also zur Untersuchung und Anzeige nicht nur verpflichtet, wenn die Ware von einem andern Ort übersendet worden ist, sondern auch, wenn der Ort, an dem der Käufer die Ware in seine Hand bekommt, annimmt oder wenigstens annehmen soll, mit dem Ort übereinstimmt, an dem der Verkäufer sie aus seiner Hand läßt oder abgibt.[3])

Allerdings ist durch die Beseitigung dieses Unterschiedes ein bereits anerkannter Grundsatz[4]) reichsgesetzlich sanktioniert worden.[5]) Denn gemäß dem Prinzip, daß bei Platzgeschäften der Kaufmann das gleiche Interesse hat, schnelle Gewißheit über den Verlauf eines Geschäftes zu erhalten, wie bei Übersendungskäufen, erfolgte die Ausdehnung der Anzeigepflicht auf Platzkäufe schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches durch eine Anzahl von Einführungsgesetzen[6]) und war für die übrigen Gebiete wenigstens insoweit gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß der Käufer die Anzeige der entdeckten Mängel nicht ungebührlich verzögern durfte. Das Hamburger Recht[7]) bestimmte sogar, daß schon durch den Empfang der Ware die Einwendungen gegen deren Beschaffenheit ausgeschlossen sein sollten.

---

[1]) Vgl. oben A, I, 2, b, S. 7.

[2]) H. G. B. § 379.

[3]) Gareis, S. 23; Puchelt-Förtsch, Bd. II, S. 975 ff.

[4]) Die Praxis dagegen verhielt sich ablehnend; vgl. R. O. H. G., Bd. XXIII, S. 88; Bd. XXIV, S. 50; R. G. Bd. I, S. 37.

[5]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 223, 224; v. Hahn, Bd. II, S. 316 ff.; Hanausek, Bd. II, S. 83, 84.

[6]) E. G. für Hannover, Schleswig-Holstein und Lauenburg, Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Bremen.

[7]) E. G. Art. 43.

b) Unter Kaufleuten.

Der Kauf muß ein Handelsgeschäft für beide Teile sein.

α) Das ist eine Abweichung vom alten Handelsgesetzbuch, das dem Käufer auch beim einseitigen Handelskauf die Untersuchungs- und Anzeigepflicht auferlegte.[1]) Die Änderung wurde schon mit Rücksicht auf die Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuchs notwendig, das den Käufer nicht zur unverzüglichen Untersuchung der Ware verpflichtet, weil er meistens nicht die erforderliche Sachkunde und Erfahrung hat. Auch sollte das kaufmännische Interesse nicht in einseitiger Weise dadurch berücksichtigt werden, daß auch dem Nichtkaufmann die Untersuchungspflicht bloß deshalb auferlegt wurde, weil er von einem Kaufmann gekauft hat.[2]) Die Bestimmung des alten Handelsgesetzbuchs wurde von dem nicht zu den Handel treibenden Kreisen gehörenden Publikum als eine große Härte empfunden, da es durch Beruf und Lebensverhältnisse oft gar nicht imstande war, ihr zu genügen.[3]) Die Änderung wurde auch Gesetz, trotzdem in einem Antrage darauf aufmerksam gemacht wurde, daß die Sicherheit des Handelsverkehrs erheblich darunter leide, wenn der Kaufmann, von dem ein Nichtkaufmann kauft, in Ungewißheit über den Gang des Geschäftes bleiben solle.[4]) Der Standpunkt des Gesetzes wird aber in dieser Hinsicht dadurch gemildert, daß die Rügepflicht auch für Platzgeschäfte gilt und nach dem Wegfall des Art. 273 a. H. G. B. die Realisationskäufe der Handwerker auch als Handelsgeschäfte betrachtet werden.

β) Daß der § 377 H. G. B. nicht auf einseitige Handelskäufe angewendet werden kann, ist von der Wissenschaft und der Praxis übereinstimmend anerkannt worden.[5]) Weder im Wege der Interpretation, wie bei dem klaren Wortlaut selbstverständlich ist, noch durch Analogie ist eine solche Ausdehnung möglich. Denn letztere

[1]) a. H. G. B., Art. 347, Abs. 1.

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B., S. 224.

[3]) Laband in der deutschen Jur.-Zeitung 1900, S. 15

[4]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 268.

[5]) Cosack, Handelsrecht, S. 163; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 297; Goldmann, Bd. III, S. 1635; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 153; Makower, Bd. II, S. 1244, Staub, Bd. II, S. 1670, R. G., Bd. XLIX, S. 157; s. auch Schönfeld im Recht, VI. Jahrg., S. 504.

setzt voraus, daß der Gesetzgeber an den in Frage kommenden Fall garnicht gedacht hat, andernfalls er ihn eben der Analog anzuwendenden Bestimmung gleich behandelt hätte.[1]) Auch die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche können nicht in Betracht kommen, da diese nur unter Kaufleuten Anwendung finden.[2]) Streitig ist aber, ob in solchen Fällen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs allein oder in Verbindung mit den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs Berücksichtigung finden.

Die letztere Ansicht vertritt besonders Staub.[3]) Er macht geltend, Treu und Glauben im Handelsverkehr erforderten, daß der Käufer vorhandene Mängel dem Verkäufer anzeigen müsse und diese Anzeige nicht über Gebühr verzögern dürfe, da sonst auf die Genehmigung des Käufers geschlossen werden müsse. In einem solchen Falle müßten auch im einzelnen die Folgerungen aus dem Grundsatz des § 377 gelten.

Es muß zugegeben werden, daß es unbillig erscheint, einen Kaufmann, der von einem Nichtkaufmann kauft, von der Rügepflicht zu befreien.[4]) Aber wenn auch ein solches Rechtsgeschäft nur nach bürgerlichem Recht beurteilt werden kann, so ist doch dadurch die Beachtung der Verkehrssitte nicht ausgeschlossen.[5]) Vielmehr wird aus der Unterlassung einer den Umständen nach möglichen Untersuchung und Anzeige der Schluß gezogen werden können, daß der Käufer auf seine Rechte verzichten wollte.[6]) Man wird aber natürlich einen strengeren Maßstab anlegen müssen, wenn der Käufer ein geschäftsgewandter Kaufmann, als wenn er ein ungebildeter Landmann ist.

Für den Fall, daß der Käufer Nichtkaufmann ist, würde die Rügepflicht eine schwere Belästigung des nicht kaufmännischen Publikums bedeuten. Wenn der Verkehr es auch erheischt, daß hier der Verkäufer, der selbst nur in kürzester Frist die Mängelanzeige erstatten darf, vor späteren Reklamationen des Käufers und dadurch für ihn entstehenden Nachteilen geschützt wird, so würden die durch die Befriedigung dieses

---

[1]) Gareis, S. 27.

[2]) H. G. B. § 346.

[3]) Bd. II, S. 1670, Anm. 195, 196.

[4]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 153, Fußnote 1 zu Nr. 9.

[5]) B. G. B. § 157; vgl. oben B. I, 1, a, α, S. 15.

[6]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 223; R. G. Bd. XLIX, S. 161, 162.

Bedürfnisses entstehenden Vorteile doch nicht die Nachteile aufwiegen, die dadurch dem meist sachunkundigen Nichtkaufmann zugefügt würden, da der Händler häufig vom eigenen Lager verkauft und deshalb wegen der von seinen Kunden gerügten Mängel ohnehin keinen Rückgriff mehr hat, so treffen die Bedenken in vielen Fällen schon aus diesem Grunde nicht zu.[1])

γ) Der § 377 H. G. B. kommt also nur zur Anwendung, wenn beide Parteien Kaufleute sind. Sind auf einer oder auf beiden Seiten mehrere Beteiligte vorhanden, so müssen sie alle die Kaufmannseigenschaft besitzen.[2]) Diese muß bereits im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vorhanden sein. Durch nachträglichen Erwerb der Kaufmannsqualität wird die Untersuchungs- und Anzeigepflicht ebensowenig begründet, als sie durch nachträglichen Verlust beseitigt wird.[3])

Die durch die Beschränkung des § 377 H. G. B. auf beiderseitige Handelsgeschäfte entstehenden Unzuträglichkeiten können durch Parteivereinbarung gemildert werden. Der Käufer kann sich dadurch schützen, daß er seinen Abnehmern die Pflicht der Mängelanzeige durch Vertrag auferlegt oder mit seinen Verkäufern die Anwendbarkeit des § 377 ausschließt oder einschränkt. Letzteres geschieht im Verkehr häufig in Form der Vereinbarung sogenannter Garantiefristen, durch die sich der Verkäufer verpflichtet, für alle Mängel, die innerhalb der vereinbarten Frist seit der Ablieferung entdeckt und geltend gemacht werden, Gewähr zu leisten.[4])

2. Ablieferung.

a) Begriff.

α) Die Ware muß dem Käufer abgeliefert sein.[5]) Die Ablieferung ist der Akt, durch den der Verkäufer den Käufer in die Lage setzt, über die Ware tatsächlich zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu prüfen.[6]) Sie ist sowohl eine notwendige Voraussetzung für die Begründung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht, als auch maßgebend

---

[1]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 224.
[2]) Makower, Bd. II, S. 1017, 1018.
[3]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 153.
[4]) B. G. B. § 477, Abs. 1, Satz 2; Motive zum Entw. eines B. G. B. S. 240, 241.
[5]) H. G. B. § 377, Abs. 1.
[6]) Staub, Bd. II, S. 1604 f., R. G. Bd. V, S. 31.

für die Frage, ob diese Pflichten rechtzeitig erfüllt sind. Der Zeitpunkt, in dem der Käufer die abgelieferte Ware an sich genommen hat, ist für die Untersuchungspflicht unerheblich.[1])

β) Der Begriff der Ablieferung ist der gleiche, wie der im bürgerlichen Gesetzbuch für die Ablieferung festgesetzte,[2]) ist aber zu unterscheiden von der Übergabe, Abnahme und Annahme.[3])

Die Übergabe ist ein Rechtsgeschäft, bestehend in der Besitzübertragung durch dingliche Einigung[4]). Die Übergabe kann auch durch Besitzvertrag oder Abtretung eines Herausgabeanspruchs z. B. Übergabe eines Verfügungspapieres erfolgen.[5])

Die Abnahme ist die tatsächliche Empfangnahme der Ware durch den Käufer, zu der dieser gesetzlich verpflichtet ist.[6])

Unter Annahme versteht man den auf das endgültige Behalten der Ware gerichteten Willen des Käufers, das Geltenlassen der Leistung als Erfüllung.[7])

γ) Die Ablieferung dagegen ist ein tatsächlicher Hergang, eine einseitige Handlung des Verkäufers, lediglich dazu bestimmt, dem Käufer die Verfügungs- und Untersuchungsmöglichkeit der Ware zu verschaffen.[8]) Sie kann mit der Übergabe zusammenfallen, braucht es aber nicht notwendig. Die Ware kann übergeben, ohne abgeliefert zu sein, z. B. durch Abgabe an den Frachtführer oder durch Übersendung des Lagerscheines und, was allerdings seltener vorkommen wird, abgeliefert, ohne übergeben zu sein. Eine Mitwirkung des Käufers ist nicht erforderlich, wenn dieser auch gewöhnlich die Ware abnehmen wird. Es bedarf nicht der Abnahme, geschweige denn der Annahme.

b) Tatbestand und Vollendung.

α) Die Ablieferung muß auf Grund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrags erfolgen. Es ist daher

[1]) R. O. H. G., Bd. VI, S. 166.
[2]) B. G. B. § 477, Planck, Bd. II, S. 385, Anm. 4a.
[3]) von der Leyen, in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XVI, S. 88.
[4]) B. G. B. § 433, Abs. 1.
[5]) Crome, Bd. II, S. 429; R. G., Bd. LII, S. 353.
[6]) B. G. B. § 433, Abs. 2; R. O. H. G., Bd. VII, S. 359.
[7]) B. G. B. §§ 464, 363.
[8]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 370; Stübel S. 417; von der Leyen, S. 89; R. O. H. G., Bd. XIII, S. 365; Bd. XV, S. 52, 55.

notwendig, daß der Käufer auf Grund desjenigen Kaufgeschäfts, dessen Erfüllung er wegen Mangelhaftigkeit der Ware verweigert, in den Besitz der Ware gekommen ist. Ersteht der Käufer die Ware auf andere Weise z. B. durch Selbsthülfeverkauf, so liegt keine Ablieferung im Sinne des § 377 H. G. B. vor.[1]) Liefert der Verkäufer an Stelle der zuerst gelieferten, mangelhaften Ware eine andere zum Zweck der Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit, so liefert er immer noch auf Grund des ursprünglichen Kaufvertrags.[2]) Die Ablieferung kann auch vor dem Abschluß des Kaufvertrags erfolgen, z. B. bei Zusendung unbestellter Waren. Hierdurch wird aber eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht nicht begründet.[3])

β) Die Ablieferung muß *durch den Verkäufer* an den Käufer bewerkstelligt werden. Dadurch ist aber eine Stellvertretung des Verkäufers und des Käufers nicht ausgeschlossen. Der Verkäufer kann den unmittelbaren Besitz der Ware daher zunächst einem andern, z. B. dem Frachtführer übertragen, der dann dem Käufer abzuliefern hat. Es ist auch denkbar, daß der Verkäufer einen Dritten, in dessen Besitz sich die Ware zur Zeit des Verkaufs befindet, beauftragt, an den Käufer abzuliefern. Auch in den Fällen liegt eine Ablieferung im Sinne des § 377 H. G. B. vor, wenn der Frachtführer vom Käufer besonders bevollmächtigt ist, die Ware für ihn in Empfang zu nehmen.[4]) Dies wird in der Regel dann vorkommen, wenn der Käufer den Frachtführer selbst ausgewählt hat.[5])

γ) Die Ablieferung muß *am rechten Ort und zur rechten Zeit* erfolgen. Der Ablieferungsort wird bei Platzkäufen meist der Erfüllungsort,[6]) bei Versendungskäufen gewöhnlich der Bestimmungsort[7]) ausnahmsweise ein Zwischenort,[8]) z. B. bei Ablieferung

---

[1]) R. G., Bd. V, S. 39.

[2]) R. O. H. G., Bd. XVIII, S. 240.

[3]) *Makower*, Bd. II, S. 1258, vgl. oben B, I, 1, a, α, S. 15.

[4]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 273; *Lehmann-Ring*, Bd. II, S. 157.

[5]) R. G. VI, S. 61.

[6]) Vgl. B. G. B. § 269.

[7]) *Staub*, S. 1415, Anm. 13; R. O. H. G., Bd. VI, S. 303; *Bolze*, Bd. XVIII, S. 451.

[8]) Jur. Wochenschr. 1899, S. 772, Nr. 15; R. G., Bd. XXI, S. 249.

an den Spediteur sein. Wird die Ware dem Käufer am ungehörigen, d. h. dem nach dem Vertrage nicht vorausgesetzten Ort angeboten, so hat der Käufer das Recht, die Ware abzulehnen. Nimmt der Käufer unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Vertragswidrigkeit die Ware am ungehörigen Ort in Empfang, so muß er die Empfangnahme als Ablieferung gelten lassen.[1]) Er kann aber den ihm durch die Abweichung vom Vertrage entstandenen Schaden, z. B. die Transportkosten vom Verkäufer ersetzt verlangen, auch wenn er seine Rechte gegen den Verkäufer bei der Annahme weder vorbehalten, noch von der Vertragswidrigkeit Anzeige erstattet hat.[2])

Die Zeit der Ablieferung richtet sich meist nach dem Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages. Liefert der Verkäufer vor der vertragsmäßigen Zeit, so kann der Käufer die Empfangnahme ablehnen oder annehmen, wie bei der Lieferung am ungehörigen Ort, indem er ebensowenig den Anspruch auf Schadenersatz, z. B. auf Erstattung der Lagerkosten verliert.

Erfolgt die Lieferung zu spät, so kommen, wenn der Verkäufer im Verzuge der Leistung ist, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.[3])

δ) Die Ablieferung muß vollendet sein. Ein Versuch der Ablieferung genügt nicht. Wenn daher der Käufer die wenn auch tatsächlich angebotene Leistung ablehnt, und der Verkäufer sich bei der Ablehnung beruhigt und keine weitern Maßregeln zur Entäußerung seines Gewahrsams trifft, so liegt keine Ablieferung vor.[4]) Dies ist sogar dann der Fall, wenn der Käufer die Annahme der Besitzübertragung unberechtigterweise abgelehnt hat.[5]) Daher kann in der Aushändigung einer Postpaketadresse an den Käufer ohne die Ware nur ein Versuch einer Ablieferung erblickt werden, wenn der Käufer die Ware ablehnt.[6]) Die bloße Erklärung des Käufers, die Abnahme zu

---

[1]) von der Leyen, S. 107; Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 88, Anm. 8.

[2]) Hanausek, Bd. I, S. 256.

[3]) B. G. B. § 326; H. G. B. § 376.

[4]) Goldmann, Bd. III, S. 1637, Anm. 10; R. O. H. G., Bd. VII, S. 224; Bd. XXIV, S. 28.

A. M. R. G. 21, I, 98, Gruchot, Bd. XLIII, S. 763.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1611; R. G., Bd. XXIV, S. 29.

[6]) O. L. G. Hamburg v. 14. März 1902 in Rechtspr., Bd. VI, S. 91, 92.

verweigern, steht dagegen der Ablieferung als einem einseitigen Akte des Verkäufers nicht entgegen.[1])

Die Ablieferung ist dann als vollendet anzusehen, wenn dem Käufer die tatsächliche Verfügungs- und Untersuchungsmöglichkeit verschafft worden ist. Ist er noch nicht imstande, über die Ware zu verfügen und ordnungsgemäß zu untersuchen, so besteht auch keine Verpflichtung zur Mängelanzeige, obwohl er vielleicht die Mängel bereits aus der ihm vor Eintreffen der Ware zugegangenen Faktura erkannt hat.[2]) Sie ist nur dann vollendet, wenn der Käufer unmittelbarer Besitzer wird.[3]) Es genügt nicht ein Besitzvertrag oder die Abtretung eines Herausgabeanspruchs, z. B. die Aushändigung der Verfügungspapiere an den Käufer, wenn die Ware mit seiner Einwilligung im Zollhaus gelagert ist und dort zu seiner Verfügung steht. Wäre dies hinreichend, so würde die Ablieferung gleichbedeutend mit der Übergabe sein. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Käufer sich sofort den Gewahrsam der Sache verschaffen kann.[4]) Ist er dazu nicht imstande, so ist nicht abgeliefert.

Zur Vollendung der Ablieferung ist notwendig, daß der Empfänger die Kenntnis von seinem Besitzerwerb erlangt hat.[5]) Denn eine Untersuchung kann man von dem Käufer wohl schwerlich verlangen, wenn er noch nicht weiß, daß ihm die Verfügung über die Ware möglich ist.

Die Ablieferung muß nicht nur begonnen haben, sie muß auch zu Ende geführt sein. Ist daher der Käufer erst im unmittelbaren Besitz eines Teiles der Warensendung z. B. bei der Ausladung eines Eisen-

---

[1]) R. G. Bd. V, S. 32.

[2]) von der Leyen, S. 101 ff.; Goldmann, Bd. III, S. 1637, Anm. 11; s. dagegen Gareis S. 44.

[3]) Makower, Bd. II, S. 1245; Staub, Bd. II, S. 1604, Anm. 16; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 272; Gruchot, Beitr., Bd. XLIII, S. 763; R. O. H. G., Bd. IX, S. 52; R. G., Bd. LII, S. 353;

a. M. Lehmann-Ring, Bd. II, S. 157, Hanausek, Bd. II, S. 31; Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 88, R. O. H. G., Bd. III, S. 392, R. G., Bd. V, S. 31.

[4]) a. M. Hanausek, Bd. II, S. 31, Anm. 6.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1605; Hanausek, Bd. II, S. 32, Anm. 6; R. G., Bd. V, S. 31;

a. M. Makower, Bd. II, S. 1248, der aber praktisch zu demselben Ergebnis kommt.

bahnwaggons, so besteht für ihn noch keine Verpflichtung zur Untersuchung.[1]) Ist die Ware dagegen vertragsmäßig in Teilsendungen geliefert worden, z. B. bei Sukzessivlieferungsverträgen, so liegt bei jeder Teillieferung, die vom Verkäufer als selbständige Erfüllung gewollt und vom Käufer als solche auch erkennbar war, Ablieferung im Sinne des § 377 H. G. B. vor. Liefert anderseits der Verkäufer eine Warenmenge, die er gleichzeitig abzuliefern hat, in kurzen Zwischenräumen, so ist die Ablieferung erst vollendet, wenn sämtliche Sendungen eingetroffen sind.[2])

Ist der Verkäufer, bezw. Unternehmer gemäß dem Kaufvertrage verpflichtet, nach der Besitzübertragung noch eine Herstellungstätigkeit vorzunehmen, z. B. die Aufstellung und Montierung einer gelieferten Maschine zu bewerkstelligen, so ist erst mit der Beendigung der zur Aufstellung erforderlichen Tätigkeit abgeliefert.[3])

Die vorstehenden Regeln werden hauptsächlich bei Distanz- und solchen Platzkäufen praktisch werden, bei denen dem Käufer die Ware übersandt wird und sie ihm vor der Ablieferung nicht zu Gesicht gekommen ist. Hat dagegen der Kaufabschluß im offenen Laden Zug um Zug stattgefunden, so ist kein Raum für die Anwendung des § 377 H. G. B., auch wenn der Kauf ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist. Der Käufer wird hier meistens die Ware nur auf Grund einer dem Kaufabschluß vorhergehenden Besichtigung annehmen, obschon er zu einer solchen Prüfung nicht verpflichtet ist. Unterläßt er die gehörige Besichtigung, so kann er keine Ansprüche wegen eines Mangels der Ware geltend machen.[4])

3. Mangelhaftigkeit der Warensendung.

a) Qualitätsmängel.

α) Die Rügepflicht ist nur bei einer Mangelhaftigkeit der Warensendung gerechtfertigt. Eine solche Mangelhaftigkeit liegt dann vor, wenn der Mangel die Beschaffenheit der ge-

[1]) Bolze, Bd. IV, Nr. 711.

[2]) B. G. B. § 266; Jur. Wochenschr. 1899, S. 146, Nr. 22.

[3]) Makower, Bd. II, S. 1258; Düringer-Hachenburg, Bd. III. S. 271.

[4]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 271; s. auch B. G. B. § 460; R. O. H. G., Bd. VI, S. 238.

lieferten Ware betrifft[1]) (Qualitätsmangel) oder wenn eine andere als die bedungene Menge von Waren[2]) (Quantitätsmangel) oder eine andere als die bedungene Ware geliefert ist. Beim Vorliegen anderer Mängel, also besonders Rechtsmängel[3]) und solcher Mängel, die die Zeit, den Ort und die Art der Zusendung und den Preis der Ware[4]) betreffen, ist die Anwendung des § 377 H. G. B. ausgeschlossen. Beim Kauf von Wertpapieren insbesondere finden die §§ 377, 378 H. G. B. nur dann Anwendung, wenn die Urkunde an sich, d. h. das Stück Papier, in welchem das Recht verbrieft ist, Mängel hat. Bezüglich dieses Rechtes finden dagegen lediglich die über den Verkauf von Forderungen oder sonstigen Rechten handelnden Bestimmungen Anwendung,[5]) nach denen der Verkäufer nur für den rechtlichen Bestand, für deren Güte und wirtschaftlichen Wert dagegen nur haftet, wenn er in dieser Beziehung ein Garantieversprechen übernommen hat.[6])

Unter Qualitätsmängeln versteht man solche Fehler der Sache, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern und ferner, das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften. Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindern, kommen nicht in Betracht.[7]) Maßgebend für den Zeitpunkt des Vorhandenseins des Mangels ist in beiden Fällen der Moment des Gefahrübergangs, also entweder derjenige der Übergabe oder der Aushändigung der etwa zu versendenden Ware an die zur Übermittlung bestimmte Person.[8])

β) Unter dem Wert ist hier der objektive Verkehrswert, der Tauschwert, unter dem gewöhnlichen Gebrauch ein solcher zu verstehen, der im allgemeinen ohne Rücksicht auf die individuellen

[1]) H. G. B. § 377, Abs. 1.
[2]) H. G. B. § 378.
[3]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 227.
[4]) R. O. H. G. VI, S. 166.
[5]) B. G. B. §§ 437, 438.
[6]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 31, 37 ff.; 118 ff., 321. Makower, Bd. II, S. 1252, 1330; Lehmann, in Goldschmidts Zeitschr., Bd. LI, S. 373 ff.; Düringer in der deutsch. Juristenzeitung, X. Jahrg., S. 374 ff; a. M. Neukamp in Holdheims Monatsschrift, XIV. Jahrg., S. 1 ff.
[7]) B. G. B. § 459.
[8]) B. G. B. §§ 446, 447.

Verhältnisse des Käufers mit Sachen der fraglichen Art gemacht zu werden pflegt.[1]) So dient z. B. ein Reitpferd zum Reiten, ein Haus zum Bewohnen. Wird Handelsgut mittlerer Art und Güte geschuldet, so ist eine Beeinträchtigung des Verkaufswerts und der Brauchbarkeit in der Lieferung von Waren unter mittlerer Art und Güte zu erblicken.[2]) Die subjektiven Momente können aber in Frage kommen, soweit es sich um den nach dem Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Gebrauch handelt. Dieser Gebrauch muß durch eine Willensübereinstimmung beider Teile vorausgesetzt sein. Es genügt nicht die einseitige Voraussetzung von seiten des Käufers, der z. B. einen Droschkengaul auch zum Reiten benutzen will.

γ) Der Fehler muß erheblich sein, sodaß er den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit entweder gänzlich aufhebt oder doch erheblich mindert. Die Frage, ob ein Mangel erheblich ist oder nicht, wird dabei nach den Umständen des Einzelfalls beantwortet werden müssen. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer z. B. wegen des Fehlens einer Schraube an einer Maschine Ansprüche gegen den Verkäufer erheben wollte.[3]) Auf das Verhältnis der Wertminderung zur Kaufpreishöhe oder zum Gesamtwerte kommt es nicht an.[4]) Die Wertminderung muß vielmehr an und für sich erheblich sein. Hat aber objektiv eine erhebliche Minderung stattgefunden, so ist es regelmäßig einerlei, ob der fehlerhafte Teil einen geringen Wert hat.[5])

Auch im Falle vollständiger Wertlosigkeit der Ware für den Handelsverkehr und für den Fall, daß sie infolge eines Sachmangels überhaupt nicht mehr als Handelsgut gelten kann, findet § 377 H. G. B. Anwendung, es sei denn, daß die Ware eine ganz andere als die bedungene ist. Denn der § 459 Abs. 1 B. G. B. sieht auch den Fall der Aufhebung des Wertes oder der Brauchbarkeit als Fehler an.[6])

---

[1]) Oertmann, S. 365; v. Staudinger-Kober, Bd. II, S. 503.

[2]) R. O. H. G., Bd. VI, S. 329.

[3]) v. Staudinger-Kober, Bd. II, S. 504.

[4]) Seufferts, Archiv, Bd. LVII, Nr. 209; Jur. Wochenschr. 1905, S. 389; a. M. Planck, Bd. II, S. 363, Anm. 1b, der eine Berücksichtigung des Verhältnisses zum Gesamtwerte nicht für ausgeschlossen hält.

[5]) Jur. Wochenschr. 1905, S. 339, Nr. 8.

[6]) Makower, Bd. II, S. 1249; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 155, Anm. 19; R. G., Bd. LIII, S. 90;
a. M. Staub, Bd. II, S. 1619, Anm. 48.

δ) Unter zugesicherten Eigenschaften sind solche Eigenschaften zu verstehen, für deren Dasein der Verkäufer ohne derartige Zusicherung nicht haften würde. Es gehören also hierhin nicht solche Eigenschaften, für deren Vorhandensein der Verkäufer schon gesetzlich haftet, z. B. die Freiheit von Rechten Dritter.[1]) Die Zusicherung muß sich auf eine bestimmte Eigenschaft beziehen, Anpreisungen allgemeiner Art, die der Käufer als solche erkennen konnte, genügen nicht. Die Zusicherung muß ausdrücklich erklärt werden; wird sie stillschweigend abgegeben, so ist sie wirkungslos.[2]) Bedarf der Vertrag einer bestimmten Form, so muß die Zusicherung auch in dieser Form erklärt werden.[3]) Der Verkäufer haftet auch dann, wenn er eine Eigenschaft zugesichert hat, deren Fehlen den Wert oder die Tauglichkeit der Sache nur unerheblich mindert.[4]) Ist die Abweichung von der Zusicherung ganz unerheblich, so wird sie außer Betracht bleiben müssen.[5])

Beim Kauf nach Probe oder nach Muster haftet der Verkäufer auch ohne besonderes Versprechen für das Vorhandensein der Eigenschaften der Probe oder des Musters, da diese gesetzlich als zugesichert anzusehen sind.[6])

ε) Der § 377 H. G. B. macht einen Unterschied zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln. Eine Beantwortung der Frage, ob ein Mangel bei der Untersuchung erkennbar ist oder nicht, wird sich nach den Umständen des Einzelfalles richten müssen. Ein erkennbarer Mangel liegt insbesondere nicht schon dann bei der Untersuchung vor, wenn erst eine Verarbeitung, z. B. Verbacken vorgenommen werden muß, um ihn wahrnehmbar zu machen.[7]) In solchen Fällen gehört die Verarbeitung zur ordnungsmäßigen Untersuchung; der Käufer kann

---

[1]) v. Staudinger-Kober, Bd. II, S. 506; vgl. dagegen Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 63.

[2]) v. Staudinger-Kober, Bd. II, S. 507; A. M. Planck, Bd. II, S. 363, Anm. 2a.

[3]) R. G. Bd. LII, S. 4; Bd. LXI, S. 251.

[4]) Planck, Bd. II, S. 364, Anm. 2b; Cosack, bürgerl. Recht, Bd. I, S. 453.

[5]) Crome, Bd. II, S. 457, Anm. 22.

[6]) B. G. B. § 494; Heise und Cropp, S. 209 ff.

[7]) R. O. H. G., Bd. VIII, S. 176.

sich im Falle der Unterlassung nicht auf die Nichterkennbarkeit des Mangels berufen.[1])

ζ) Der Mangel braucht nicht notwendig die Substanz der Ware zu betreffen, er kann auch erheblich sein, wenn er sich an der Verpackung befindet, da diese oft in körperlichem Zusammenhang mit der Ware steht und beim Weiterverkauf an der Ware zu bleiben bestimmt ist.[2]) So gehört z. B. beim Büchsenhopfen genügende Dichtung der Büchsen zur Qualität.[3]) Wird Schmalz in schweren Fässern verkauft, so liegt ein Qualitätsmangel vor, da Schmalz in leichten Fässern besser verkäuflich ist.[4]) Die Verpackung von Zigarren wird meist zur Eigenschaft der Ware gerechnet.[5])

η) Bei Wertpapieren kann es oft zweifelhaft sein, ob ein Sach- oder ein Rechtsmangel vorliegt. Als ein Sachmangel wird es z. B. bezeichnet werden müssen, wenn die gelieferten Papiere so zerrissen oder beschmutzt sind, daß ein Umtausch in unversehrte Stücke verlangt werden kann oder wenn zu den gelieferten Wertpapieren gehörige Nebenscheine (Zinsscheine, Erneuerungsscheine) fehlen.

Einen Rechtsmangel wird man aber darin zu finden haben, daß die Mängel, mit denen das Papier behaftet ist, derart sind, daß das angeblich durch das Papier verbriefte Recht durch die Übergabe des Papiers entweder überhaupt nicht übergeht oder seine Ausübung rechtlichen Beschränkungen unterliegt.[6])

b) Quantitätsmängel und Lieferung einer andern Ware.

α) Die Vorschriften des § 377 H. G. B. kommen auch dann zur Anwendung, wenn eine andere Ware oder eine andere Menge von Waren als die nach dem Vertrage vereinbarte geliefert worden ist. Darin besteht eine Änderung gegenüber dem früheren Recht. Dieses bestimmte, daß der Käufer zur Untersuchung und Anzeige verpflichtet sei, wenn sich die Ware als nicht vertragsmäßig oder gesetz-

---

[1]) R. O. H. G., Bd. III, S. 248.
[2]) Staub, Bd. II, S. 1600.
[3]) Bolze, Bd. VIII, Nr. 500.
[4]) Bolze, Bd. XII, Nr. 427.
[5]) Bolze, Bd. XIV, Nr. 425.
[6]) B. G. B. § 437; R. G., Bd. X, S. 170.

mäßig ergebe.[1]) Zu den Verstößen gegen die Vertrags- und Gesetzmäßigkeit zählte die Praxis durchweg nur Qualitätsmängel, keine Quantitätsmängel.[2]) Letztere und die Lieferung einer andern Ware sollten nur dann in Betracht kommen, wenn sie zugleich auch Qualitätsmängel seien.[3]) War bei einem Gattungskauf Handelsgut anderer Gattung geliefert worden, so nahm man nicht Vertrags- oder Gesetzwidrigkeit, sondern Nichterfüllung an.[4]) Da diese Auffassung aber der inneren Berechtigung entbehrt, so sind die Quantitätsmängel und der Fall der Lieferung einer andern Ware den Qualitätsmängeln hinsichtlich der Rügepflicht gleichgestellt worden.[5])

β) Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen kommen nur die Vorschriften des § 377 H. G. B. nicht auch die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Sachmängeln zur Anwendung. Es ist geltend gemacht worden, hierdurch werde die Absicht des Gesetzgebers vereitelt. Denn je nachdem eine fehlerhafte Ware oder eine Ware anderer Art geliefert sei, würden entweder die Regeln über Gewährleistung wegen Mängel oder die Regeln vom Erfüllungsverzuge zur Anwendung kommen.[6]) Nach dem Wortlaut des § 378 H. G. B., der nur „die Vorschriften des § 377" für anwendbar erklärt, erscheint es aber ausgeschlossen, beim Vorliegen seiner Voraussetzungen auch die Gewährleistungsvorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung zu bringen.[7])

γ) Der § 378 H. G. B. kommt in Betracht sowohl bei der Lieferung einer Gattungs-,[8]) als auch einer Spezies sache, wenn auch der letztere Fall seltener praktisch werden wird. Es ist gleichgültig,

---

[1]) a. H. G. B., Art. 347.

[2]) Gareis, S. 70 ff.; R. O. H. G., Bd. IV, S. 34; Bd. XV, S. 304.

[3]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 413, 414.

[4]) Thöl, Bd. I, § 275; Windscheid § 394, Nr. 5, Gareis, S. 14, 15; Hanauseck, Bd. I, S. 229 ff.; Schlodtmann in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XXXVII, S. 5 ff.; Krahmer, S. 107 ff.; R. O. H. G., Bd. XXIV, S. 404; R. G., Bd. XVIII, S. 55.

[5]) H. G. B. § 378.

[6]) Staub, Bd. II, S. 1676. Anm. 9.

[7]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 301; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 173, Nr. 7; Makower, Bd. II, S. 1319.

[8]) B. G. B. § 243.

ob sich der Spezieskauf auf eine vertretbare[1]) oder nicht vertretbare Sache bezieht. So würde z. B. eine andere, als die bedungene Sache geliefert sein, wenn der Verkäufer dem Käufer, der von zwei eisernen Geldspinden eines ausgewählt hat, das andere übersendet, das von dem gekauften nur in Kleinigkeiten, z. B. im Verschluß oder in der Ornamentik abweicht.[2]) Auch die Lieferung eines Mehr oder Weniger ist bei Spezieskäufen möglich und wäre z. B. dann vorhanden, wenn der Käufer von einer sonst nicht mehr vorhandenen Qualität ein Faß Wein unter Maßangabe, aber für einen Gesamtpreis gekauft hat.[3])

δ) Liefert der Verkäufer eine andere als die bedungene Menge von Waren, so kann er entweder weniger oder mehr, als nach dem Vertrage vorausgesetzt war, leisten. Der § 378 H. G. B. findet aber im ersteren Falle nur dann Anwendung, wenn der Verkäufer die geringere Leistung als seine vertragsmäßige Leistung aufgefaßt wissen will.[4]) Hat der Verkäufer seine Lieferung nur als Teillieferung aufgefaßt, mit der Absicht, den Rest nachzuliefern, so kann sich der Verkäufer beim Unterbleiben der Anzeige nicht auf die Genehmigung des Käufers berufen. Der Käufer ist vielmehr grundsätzlich berechtigt, die Annahme der Teillieferung abzulehnen.[5]) Er kann aber auch annehmen und den Restbetrag einklagen. Ist der Verkäufer nicht imstande, den Rest zu liefern, oder hat die teilweise Erfüllung für den Käufer kein Interesse, so kommen die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung.[6])

Wird vom Verkäufer mehr geliefert, als bedungen war, so greifen für die über die vertragsmäßige Menge hinaus gelieferten Waren grundsätzlich die Regeln Platz, die für die Lieferung einer unbestellten Ware gelten.[7]) Der Käufer kann also das Mehr zurückweisen. Zur Ablehnung der ganzen Sendung ist er befugt, wenn die Ausscheidung der überflüssigen von der bestellten Menge umständlich und zeitraubend

---

[1]) B. G. B. § 91.
[2]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 171, Nr. 2.
[3]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 300.
[4]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 302.
[5]) B. G. B. § 266; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 174, Nr. 10.
[6]) B. G. B. § 325.
[7]) Vgl. oben B, I, 1, a, α, S. 15.

ist.[1]) Will der Käufer seine Rechte gegen den Verkäufer geltend machen, so ist er natürlich zur rechtzeitigen Rüge verpflichtet.

Der Fall, daß eine größere als die bedungene Menge geliefert wird, ist durchaus nicht selten, besonders im Verkehr des Großkaufmanns mit dem Kleinhändler. Er wird meist durch gewissenlose Reisende oder Agenten veranlaßt, die ihrem Hause eine größere Bestellung, als der Käufer aufgegeben hat, übermitteln. Aber er wird auch oft durch Kaufleute hervorgerufen, die gewöhnlich etwas mehr liefern, als der Käufer bestellt hat, indem sie darauf rechnen, daß sie im Hinblick auf die geringe Geschäftsgewandtheit ihre ungebildeten Abnehmer durch nachträgliches Zureden zu beschwichtigen vermögen oder hoffen, daß der Käufer in Anbetracht der ihm sonst entstehenden Unannehmlichkeiten die Mehrlieferung von vorherein annehmen werde.[2])

Der Quantitätsmangel kann unter Umständen, wie bereits angedeutet, auch ein Qualitätsmangel sein. Dies wird besonders dann zutreffen, wenn die Abweichung von der bedungenen Menge auch für die Beschaffenheit der einzelnen Bestandteile von Bedeutung ist, z. B. bei Lieferung von Tapeten oder Garnen von anderer als der bedungenen Länge[3]) oder bei Sendung von zu dicken oder zu dünnen Brettern.[4])

Immer liegt ein Qualitätsmangel vor, wenn der gelieferte Posten untrennbar oder unteilbar ist. Diese Eigenschaft zeigt sich darin, daß die Lieferung bei Sendung einer geringeren Menge nicht nur um den Wert des Fehlbetrages, sondern um ein Mehr im Wert gemindert wird, bei Sendung einer größeren Menge die Ausscheidung das ganze um einen größeren Betrag, als den Wert der überschüssigen Menge entwertet.[5])

ε) Bei Lieferung einer *andern als der bedungenen Ware* kann im Falle eines Gattungskaufs die Unterscheidung von Qualitätsmängeln und Lieferung einer Ware anderer Gattung Schwierigkeiten bereiten. Eine Ware anderer Gattung wird im Zweifel anzunehmen sein, wenn die Ware von ganz anderm Stoff, z. B. Glas statt

---

[1]) R. O. H. G., Bd. XVIII, S. 242; R. G., Bd. XXIII, S. 127 ff.
[2]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 302.
[3]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 303, 411.
[4]) Bolze, Bd. XV, Nr. 372.
[5]) *Staub*, Bd. II, S. 1600, Anm. 6.

Diamant,[1]) oder bei Werken geistigen Inhalts, z. B. Büchern oder Gemälden eine Ware ganz andern Inhalts geliefert ist. Bei Waren von gleichem Grundstoff, aber von verschiedenen Ursprung, muß die Verkehrsauffassung als Richtschnur dienen.[2]) Diese wird maßgebend sein für die Beantwortung der Frage, ob z. B. bei Lieferung unechter statt echter Zigaretten,[3]) von sibirischem Moschus statt Tonkin-Moschus,[4]) von französischem an Stelle deutschen Schaumweins eine andere Ware vorliegt. Ob abgerahmte Milch im Verhältnis zu Vollmilch als Ware derselben oder verschiedener Gattung anzusehen ist, kann zweifelhaft sein.[5])

Die Unterscheidung, ob eine mangelhafte oder eine andere als die bedungene Ware geliefert ist, kann auch beim Spezieskauf schwierig sein, besonders dann, wenn die Sache beim Kaufabschluß noch nicht hergestellt war, also im Falle des Werklieferungsvertrags über eine nicht vertretbare bewegliche Sache.[6]) Hiervon abgesehen ist beim Spezieskauf immer eine andere Ware geliefert, wenn sie mit der wirklich gekauften nicht übereinstimmt, mögen sie sich auch sonst noch so sehr gleichen. Anderseits kann man aber die Lieferung der bestellten Ware niemals als die Lieferung einer andern Ware ansehen, selbst wenn sie mit ganz bedeutenden Fehlern behaftet ist.

ζ) Sowohl bei Lieferung einer andern als der bedungenen Ware, als auch einer andern als der bedungenen Menge von Waren ist der Käufer von der Rügepflicht entbunden, wenn die gelieferte Ware von der Bestellung offensichtlich so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Es kommen hier die Grundsätze zur Anwendung, die für den Fall der Zusendung unbestellter Waren gelten.[7]) Die Abweichung von der gekauften Ware muß demnach eine offensichtliche, d. h. für jedermann erkennbar sein; daß sie eine augenscheinliche

---

[1]) Bolze, Bd. XXI, Nr. 470.
[2]) vgl. B. G. B. § 119, Abs. 2.
[3]) Bolze, Bd. XXII, Nr. 435.
[4]) Schlodtmann, S. 7 ff.
[5]) Sächs. Archiv, Bd. V, S. 807, 808.
[6]) Vgl. B. G. B. § 651.
[7]) Vgl. oben B, I, 1, a, α, S. 15.

ist, ist nicht notwendig.[1]) Für die Auffassung des Verkäufers hinsichtlich der Erheblichkeit der Abweichung von der Bestellung, kommt dessen subjektive Ansicht nicht in Betracht. Es ist gleichgültig, ob er die Abweichung für gering oder erheblich hielt. Ebensowenig ist die subjektive Ansicht des Käufers maßgebend. Ausschlaggebend ist vielmehr der objektive Tatbestand, auf Grund dessen ein verständiger Verkäufer sich sagen mußte, daß die Genehmigung des Käufers nach Lage der Umstände ausgeschlossen sei.[2]) Es ist sogar gleichgültig, ob der Verkäufer überhaupt Kenntnis von der Abweichung hatte.

II. Die Untersuchung.

1. Der Begriff der Untersuchung.

a) Der Käufer hat die Ware zu untersuchen. Die Untersuchung scheint nach dem Wortlaut des § 377 Abs. 1 H. G. B. eine der Anzeigepflicht gleichwertige Pflicht zu sein, so daß ihre Unterlassung für den Käufer nachteilig wirkt. Aus § 377 Abs. 2—4, wo nur an die Unterlassung der Anzeige die Fiktion der Genehmigung geknüpft ist, ergibt sich jedoch, daß der Käufer zur Untersuchung der Ware gesetzlich nicht verpflichtet ist.[3]) Die Untersuchung ist lediglich die Grundlage der Mängelanzeige; sie steht zu ihr nur in untergeordnetem Verhältnis,[4]) in dem Sinne, daß der Käufer berechtigt ist, seine Anzeige auf die Untersuchung zu stützen. Der Verkäufer wird hierdurch keineswegs benachteiligt; denn der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, den Verkäufer von der Vertragswidrigkeit seiner Leistung in Kenntnis zu setzen, wird durch

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 304, Note V; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 174, Nr. 9.

[2]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 226.

[3]) v. Hahn, Bd. II, S. 294 ff.; Makower, Bd. II, S. 1270; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 155, Nr. 20; R. O. H. G., Bd. V, S. 252, Bd. XIII, S. 10.

[4]) Im bürgerlichen Rechtsverkehr wird in dem Unterbleiben der Besichtigung unter Umständen eine grobe Fahrlässigkeit des Käufers erblickt werden können, z. B. dann, wenn die Billigkeit der Ware oder die Person des Verkäufers den Käufer hätte bedenklich machen müssen. Der Verkäufer haftet dann nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen oder seine Abwesenheit zugesichert hat (B. G. B. § 460, Oertmann, S. 369, Nr. 3).

die Anzeige allein in vollem Maße erreicht.[1]) Die Auferlegung der Untersuchung will lediglich den äußersten zulässigen Zeitpunkt der Anzeige durch Bezugnahme auf den für eine Untersuchung erforderlichen Zeitraum bestimmen.[2])

Die Unterlassung der Untersuchung hat für den Käufer keine rechtlichen Nachteile im Gefolge, kann aber insofern für ihn von Bedeutung sein, als er sich nicht nachträglich auf Mängel berufen kann, die er bei ordnungsmäßiger Untersuchung hätte erkennen können. Der Beweis der Nichterkennbarkeit wird dann meist sehr schwierig sein. Ferner kann durch die Unterlassung die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige unter Umständen in Frage gestellt werden, und der Käufer infolgedessen seine Rechte verlieren.

b) Demgemäß ist die Untersuchung keine notwendige Voraussetzung für die Mängelanzeige, wenngleich sie dieser auch gewöhnlich voraufgehen wird. Es ist gleichgültig, ob der Käufer die Kenntnis der Mängel aus einer Untersuchung der Ware oder aus andern Quellen, z. B. durch Mitteilung dritter oder durch Einsicht in die Faktura vor Ankunft der Ware[3]) geschöpft hat.[4]) Selbst dann, wenn der Käufer die Mangelhaftigkeit nur vermutete, ist der Verkäufer nicht berechtigt, die Mängelanzeige zurückzuweisen.[5]) Daß der Käufer einen Mangel auch so „aufs Geratewohl“[6]) dem Verkäufer anzeigen kann, wird schwerlich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Einklang gebracht werden können. Nichtsdestoweniger muß der Verkäufer auch in diesem Falle die Anzeige gelten lassen, wenn der Mangel nur wirklich vorhanden ist. Stellt sich aber nachträglich heraus, daß die Ware frei von Mängeln war, so kann der Verkäufer von dem Anzeigenden unter Umständen Schadensersatz beanspruchen.[7])

2. Die Person des Untersuchenden.

a) Die Untersuchung ist vom Käufer vorzunehmen. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß nur der Käufer persönlich zu ihrer

[1]) Hanausek, Bd. II, S. 1.
[2]) Jur. Wochenschrift 1902, S. 425, Nr. 32.
[3]) Gareis, S. 115.
[4]) R. O. H. G., Bd. XIII, S. 10; R. G., Bd. XLVII, S. 121.
[5]) Makower, Bd. II, S. 1270; R. O. H. G., Bd. XII, S. 92.
[6]) Staub, Bd. II, S. 1601, Anm. 12.
[7]) R. G., Bd. XLVII, S. 23.

Vornahme befugt sei. Die Ware kann auch von den Angestellten des Käufers mit der gleichen Wirkung untersucht werden, wie wenn der Käufer die Untersuchung selbst ausgeführt hätte.[1])

b) Unter Umständen kann aber der Käufer sogar verpflichtet sein, die Untersuchung durch dritte Personen, nämlich durch Sachverständige vornehmen zu lassen und zwar dann, wenn die Sachkenntnis des Käufers zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung nicht hinreicht, und wenn in dem betreffenden Geschäftszweige die Prüfung durch Sachverständige üblich ist.[2]) Allerdings wird man von einem Käufer, der mit Waren bestimmter Art handelt, voraussetzen dürfen, daß er in diesem Geschäftszweige die zu eigener Untersuchung erforderliche Sachkunde besitzt. Nur wenn zur Erkennung von Fehlern besondere technische Kenntnisse nötig sind, wird eine Ausnahme gemacht werden müssen.[3]) Maßgebend für die Notwendigkeit sachverständiger Untersuchung sind aber nicht die persönlichen Verhältnisse und Anschauungen des Käufers, sondern die objektive Sachlage und die allgemeinen Verkehrsanschauungen. So ist z. B. der Käufer zur Zuziehung von Sachverständigen verpflichtet, wenn er vermutet, daß die Ware mit heimlichen Mängeln behaftet sei, über die er sich aus eigener Sachkunde keine Gewißheit verschaffen konnte.[4])

c) Der Käufer kann die Untersuchung auch seinen weiteren Abnehmern überlassen,[5]) z. B. beim Weiterverkauf der Waren in Originalverpackung, oder wenn der Käufer gelieferte Zigarren nicht prüfen kann, weil er Nichtraucher ist. Eine dadurch entstandene Verzögerung der Mängelanzeige hat aber der Käufer dem Verkäufer gegenüber zu vertreten.[6])

---

[1]) Gareis, S. 114; Makower, Bd. II, S. 1262.

[2]) v. Hahn, Bd. II, S. 303, Goldmann, Bd. III, S. 1640, Anm. 28; Jur. Wochenschr. 1901, S. 424, Nr. 7; R. G., Bd. LIX, S. 45; Bolze, Bd. XIX, Nr. 544, 576.

[3]) Staub, Bd. II, S. 1602.

[4]) Bolze, Bd. XIX, Nr. 544.

[5]) Gareis, S. 107, Anm. 12; Hanausek, Bd. II, S. 43; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 161, Nr. 43; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 276; R. O. H. G., Bd. VIII, S. 225.

[6]) B. G. B. § 278; Bolze, Bd. XVIII, Nr. 451.

3. Der Ort der Untersuchung.

a) An welchem Orte die Untersuchung stattfindet, ist gleichgültig. Der Untersuchungsort kann die Rechte des Käufers nur insofern beeinflussen, als er bestimmend für die Untersuchungsfrist ist und durch ihn die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige, z. B. bei Weiterversendung der Ware in Frage gestellt werden kann. Ebenso hat der Verkäufer, dessen Recht auf baldige Gewißheit auch hier im Vordergrunde steht, nur dann ein Interesse an dem Orte der Untersuchung, wenn auf ihm eine Verzögerung der Anzeige beruht.

Die Untersuchung wird jedoch regelmäßig am Ablieferungsorte, also an dem Orte, an dem der Käufer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware erlangt,[1]) vorgenommen werden. Das folgt daraus, daß der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen hat.[2]) Der Ablieferungsort kann entweder der Erfüllungsort[3]) oder der Bestimmungsort,[4]) ausnahmsweise ein Zwischenort, z. B. bei Ablieferung an den Spediteur sein.[5])

b) Außer dem Ablieferungsorte kann ein durch Parteivereinbarung festgesetzter oder dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang[6]) entsprechender Ort für die Untersuchung in Betracht kommen. Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen und richtet sich gewöhnlich auf die Zulassung der Untersuchung an einem Orte, an den die Ware erst nach der Ablieferung gelangt, insbesondere am Bestimmungsort.[7]) Der ordnungsmäßige Geschäftsgang wird es oft erfordern, daß der Käufer die Ware an einen vom Ablieferungsort verschiedenen Ort sendet, z. B. um sie dort zum Zwecke der Untersuchung chemisch prüfen oder verarbeiten zu lassen.[8])

c) Auch der Wohnort des vom Käufer beziehenden Abnehmers kann als Untersuchungsort in Betracht kommen. Gewöhnlich wird hierzu eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer

---

[1]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 41; Bd. XVIII, S. 205, vgl. oben B, I, 2, S. 21 ff.
[2]) H. G. B. § 377, Abs. 1.
[3]) B. G. B. § 269.
[4]) R. O. H. G., Bd. VI, S. 303; Bolze, Bd. XVIII, Nr. 451.
[5]) vgl. oben B, I, 2, b, β, S. 23.
[6]) Gareis, S. 106.
[7]) Staub, Bd. II, S. 1606, Anm. 20.
[8]) R. O. H. G., Bd. III, S. 393; Bolze, Bd. XIX, Nr. 556.

notwendig sein. Die bloße Kenntnis des Verkäufers von der Weiterversendung der Ware berechtigt in der Regel den Käufer noch nicht, die Untersuchung seines Abnehmers für eine rechtzeitige zu halten.[1]) Eine stillschweigende Willensübereinstimmung wird aber dann anzunehmen sein, wenn sich schon aus der Verpackung der Ware (z. B. für den überseeischen Transport und solche, die nicht ohne Beschädigung der Ware selbst beseitigt werden kann) oder aus sonstigen der Untersuchung entgegenstehenden technischen Schwierigkeiten ergibt, daß eine Untersuchung durch den Käufer während des Transports unangebracht ist.[2])

4. Die Zeit der Untersuchung.

a) Die Untersuchung ist *nach der Ablieferung* vorzunehmen. Der Beginn der Untersuchungsfrist richtet sich also nach dem Zeitpunkt der Ablieferung.[3]) Der Käufer braucht daher die Ware nicht schon vor der Ablieferung zu untersuchen,[4]) ist aber hierzu befugt.[5])

α) Die Ablieferung ist auch dann für den Beginn der Untersuchung maßgebend, wenn sie *früher oder später* als zur festgesetzten *Leistungszeit* erfolgt.[6]) Die Duldung vorzeitiger Ablieferung kann aber unter Umständen als eine dahingehende vertragliche Abänderung aufgefaßt werden, daß der Käufer nicht vor dem Eintritt der Leistungszeit zu untersuchen braucht.[7])

β) Die Vorschrift des § 377 H. G. B. bezieht sich auf den die Regel bildenden Fall, daß die Ablieferung *dem Kaufabschluß nachfolgt*. Geht die Ablieferung dagegen dem Kaufabschluß voran,[8]) z. B. bei der Zusendung unbestellter Waren, so ist nicht unverzüglich nach der Ablieferung, sondern unverzüglich nach dem Kaufabschluß

---

[1]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 276; R. O. H. G. XXIV, S. 259;
a. M. *Hanauseck*, Bd. II, S. 43, Anm. 31.
[2]) R. O. H. G., Bd. X, S. 147, Bd. XVII, S. 216; Bolze, Bd. XIX, S. 347.
[3]) Über den Begriff der Ablieferung s. oben B, I, 2, S. 21 ff.
[4]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 274; Bolze, Bd. XVIII, Nr. 44.
[5]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 270, 271.
[6]) *Staub*, Bd. II, S. 1605, Anm. 17.
[7]) *Makower*, Bd. II, S. 1258.
[8]) vgl. oben B, I, 2, b, α, S. 23.

zu untersuchen.[1]) Dies gilt auch für den Fall, daß der Zeitpunkt des letztern nicht fest bestimmt werden kann, weil der Kaufantrag vom Käufer stillschweigend angenommen ist.

b) Der Käufer verliert seine Ansprüche gegenüber dem Verkäufer, wenn er nicht unverzüglich nach der Ablieferung untersucht. Weder die Schwierigkeit der Entdeckung, noch das seltene Vorkommen eines Mangels befreit den Käufer grundsätzlich von der darauf gerichteten Untersuchungspflicht.[2]) Die Untersuchung muß sowohl unverzüglich beginnen, als auch unverzüglich fortgesetzt werden.[3]) Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern.[4]) Nicht jede Verzögerung schadet also dem Käufer, sondern nur eine solche, die er vorsätzlich oder fahrlässig veranlaßt hat.[5]) Ein berechtigtes Zögern würde z. B. dann vorliegen, wenn eine Ware untersucht werden soll, deren Eigenschaften durch die Beförderung verändert worden sind, und deren Beschaffenheit erst dann sicher beurteilt werden kann, wenn die Ware ihren ursprünglichen Zustand wieder erlangt hat, z. B. bei Bier nach einer Seereise.[6]) Sind irgend welche Gründe für ein Zögern nicht vorhanden, so muß der Käufer sofort, d. h. ohne jede Verzögerung untersuchen.[7])

c) Die Untersuchung hat nur insoweit unverzüglich nach der Ablieferung stattzufinden, als dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist. Was der ordnungsmäßige Geschäftsgang erfordert, richtet sich nach objektiven Regeln, nach der in dem betreffenden Geschäftszweige bestehenden Übung, nicht nach den subjektiven Anschauungen und der Geschäftsübung des einzelnen Käufers.[8])

α) Danach wird die Untersuchung mit einer für die Regelfälle genügenden Schnelligkeit vorzunehmen sein, ohne daß

---

[1]) Makower, Bd. II, S. 1258; R. G., Bd. XIX, S. 99.

[2]) R. G., Bd. LXVIII, S. 369.

[3]) R. G., Bd. XLVII, S. 21.

[4]) B. G. B. § 121.

[5]) B. G. B. § 276.

[6]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 213.

[7]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 245, R. O. H. G., Bd. XII, S. 366.

[8]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 277; Staub, Bd. II, S. 1605, Anm. 18; Jur. Wochenschr. 1899, S. 576, Nr. 15; 1906 S. 762, Nr. 34; R. G., Bd. LIX, S. 120.

es einer außergewöhnlichen Beschleunigung bedarf.[1]) Die Umstände des einzelnen Falles, besonders die örtliche Unterbringung der Ware, ihre Beschaffenheit und die individuellen Verhältnisse des Käufers werden dabei zu berücksichtigen sein.[2])

Der Käufer ist z. B. erst zur Untersuchung verpflichtet, nachdem die Ware in sein Geschäftslokal gebracht worden ist, nicht so lange sie sich noch auf der Eisenbahnstation befindet. Er muß aber den Transport ohne schuldhaftes Zögern ausführen lassen.[3]) Als unverschuldet muß die Verzögerung z. B. gelten, wenn der Transport nicht ausgeführt werden konnte, weil die Lagerräume wegen eines Feiertags geschlossen waren.

β) Die Beschaffenheit der Ware kann Veranlassung zu einer berechtigten Verzögerung der Untersuchung geben. So muß eine Maschine z. B. aufgestellt und längere Zeit beobachtet,[4]) Kamine angeheizt,[5]) Backmehl probeweise gebacken werden.[6]) Kommt es auf die Haltbarkeit der Ware an, so wird die Untersuchung längere Zeit in Anspruch nehmen müssen, da durch eine rasche Untersuchung die Haltbarkeit nicht beurteilt werden kann.[7]) Anderseits muß die Untersuchung beschleunigt werden, wenn die Ware raschem Verderb ausgesetzt ist, z. B. Obst, oder erheblichen Preisschwankungen unterliegt, z. B. Getreide.[8])

γ) Die individuellen Verhältnisse des Käufers müssen besondere Berücksichtigung finden, je nachdem das Geschäft des Käufers als Großbetrieb oder als Kleinbetrieb angesehen werden muß. Vom Großkaufmann z. B. wird man im allgemeinen die zur sofortigen Untersuchung erforderlichen Einrichtungen erwarten können,[9]) er wird sich nicht damit entschuldigen können, daß er abwesend gewesen

---

[1]) Gareis, S. 109; R. O. H. G., Bd. II, S. 237; Bolze, Bd. XV, Nr. 357; R. G., Bd. XLVII, S. 21.

[2]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 159, Anm. 34.

[3]) Hanausek, Bd. II, S. 54, Anm. 13.

[4]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 99.

[5]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 317.

[6]) Bolze, Bd. IV, Nr. 711.

[7]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 209, 215.

[8]) R. O. H. G., Bd. II, S. 336, Bd. XII, S. 8.

[9]) R. O. H. G., Bd. II, S. 237.

sei, daß seine Räume zu klein, seine Angestellten nicht zahlreich genug gewesen seien.[1]) Vom Kleinhändler wird man dagegen keine bedeutenden Ausgaben für besondere Einrichtungen verlangen dürfen; seine Untersuchung wird auch dann noch als unverzüglich gelten müssen, wenn er sie wegen seiner Abwesenheit nicht sofort vornehmen konnte und ihm andere Leute mit der erforderlichen Sachkunde nicht zur Verfügung standen.[2]) Als allgemeine Entschuldigungsgründe müssen solche Ereignisse und Tatsachen angesehen werden, die von dem Willen des Käufers unabhängig sind, z. B. Naturereignisse (Feuer, Wassersnot), Epidemien, Unruhen[3]), allgemeine und konfessionelle Feiertage,[4]) schlechtes Wetter,[5]) unerwartetes Zusammentreffen mehrerer großer Sendungen.[6])

5. Der Inhalt der Untersuchung.

a) Der Inhalt der Untersuchung ergibt sich aus ihrem Zweck und aus der Handelssitte.[7]) Der Zweck der Untersuchung besteht darin, dem Käufer Gewißheit über die Beschaffenheit der Ware zu verschaffen, damit er dem Verkäufer einen vorgefundenen Mangel anzeigen kann. Die Durchführung der Untersuchung muß aber mit den Erfordernissen des ordnungsmäßigen Geschäftsgangs in Einklang bleiben.[8]) Daher ist die Untersuchung in der Art und dem Umfang vorzunehmen, daß der Käufer die Beschaffenheit der Ware zuverlässig beurteilen kann, ohne jedoch auf die Geschäfte eines Durchschnittskaufmanns hinderlich einzuwirken; die besondern Verhältnisse des Käufers verdienen dabei besondere Berücksichtigung.[9])

b) Die Art der Untersuchung ist bedingt durch die Natur der Ware.

---

[1]) Busch, Bd. XIV, S. 477; Bolze, Bd. XVI, Nr. 418.

[2]) R. O. H. G., XI, S. 307.

[3]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 159, Nr. 36.

[4]) Puchelt-Förtsch, Bd. II, S. 990, 991; Busch, Bd. IX, S. 210.

[5]) Busch, Bd. IX, S. 478.

[6]) v. Hahn, Bd. II, S. 303.

[7]) Staub, Bd. II, S. 1602, Anm. 13; R. G., Bd. XLIII, S. 9; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXVI, S. 571.

[8]) vgl. oben B, II, 4, c, S. 40 ff.

[9]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 160, Nr. 37.

α) Sie darf jedoch weder allzu eingehend noch allzu oberflächlich sein. Untersucht der Käufer zu genau, so liegt die Gefahr nahe, daß die Ware entwertet und ihre Absetzbarkeit beeinträchtigt wird.[1]) Darin würde eine Nichtbeachtung des Grundsatzes liegen, daß bei der Untersuchung die Ware nach Möglichkeit geschont werden muß und ihr Wert nicht verringert oder ganz oder teilweise vernichtet werden darf.[2]) Eine Ausnahme ist hier zulässig, wenn die Untersuchung nicht ohne Wertminderung möglich ist. Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Wertminderung kommt das Verhältnis des Wertes der ganzen Warensendung zu dem Teile, der durch die Untersuchung entwertet wird, in Betracht.[3]) Ist das zulässige Maß der Wertminderung überschritten, so liegt eine unberechtigte Verfügung über die Ware vor.[4]) Eine zu peinliche Untersuchung wird für den Käufer meist auch mit Zeitverlust und Kosten verbunden sein und unter Umständen auf eine Verwendung der Ware und damit auf ihre Billigung, z. B. im Falle der Verarbeitung schließen lassen.[5]) Aber auch der Verkäufer würde durch die allzugroße Genauigkeit benachteiligt werden, da durch sie die Mängelanzeige verzögert und die Substanz der Ware möglicherweise in Mitleidenschaft gezogen wird.[6])

Eine zu oberflächliche Untersuchung wird anderseits oft nicht hinreichen, um die bei ordnungsmäßiger Untersuchung erkennbaren Mängel aufzufinden[7]) und daher nach Ablauf der Untersuchungsfrist zur Fiktion der Genehmigung solcher Mängel führen. Kannte aber der Käufer die Vertragswidrigkeit der Ware oder konnte er die Mängel ohne weiteres erkennen, so bedarf es keiner Untersuchung.[8])

β) In der Regel wird die bloße Wahrnehmung durch die Sinne, insbesondere durch Gesicht, Geruch und Gefühl ausreichen, um zur Entdeckung der vorhandenen Mängel zu gelangen.

[1]) v. Hahn, Bd. II, S. 302.
[2]) Wolff bei Busch, Bd. XV, S. 325; Makower, Bd. II, S. 1260.
[3]) Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXXVIII, S. 208.
[4]) R. O. H. G., Bd. XVI, S. 322.
[5]) Hanausek, Bd. II, S. 56, Anm. 18.
[6]) R. O. H. G., Bd. XVI, S. 321.
[7]) R. O. H. G., Bd. IV, S. 43, 44, Bd. XIV, S. 287.
[8]) Jur. Wochenschr. 1901, S. 189, Nr. 8; R. O. H. G., Bd. XVI, S. 321.

Ist dies der Fall, so ist sie auch die einzige zulässige Art der Untersuchung, da durch sie der Stoff der Ware nicht verändert wird.

γ) In vielen Fällen bedarf es aber einer weitergehenden Tätigkeit,[1]) insbesondere des Gebrauchs, des Verbrauchs, der Bearbeitung oder der Verarbeitung. Der Gebrauch ist z. B. erforderlich bei Maschinen,[2]) besonders bei alt gekauften,[3]) und bei Kaminen durch Anheizen,[4]) Verbrauch z. B. bei Wein durch Probieren, bei Lichtern durch probeweises Brennen.[5]) Die Bearbeitung ist z. B. notwendig bei Wolle durch Waschen,[6]) Verarbeitung z. B. bei Tabak durch Anfertigung von Zigarren,[7]) bei Mehl durch Verbacken,[8]) bei Gerste für Brauzwecke durch Einmälzen,[9]) bei Leim durch Kochen,[10]) bei zur Koksbereitung gelieferten Kohlen durch Verkokung.[11])

δ) Zur erfolgreichen Untersuchung der Ware ist die Entfernung der Verpackung, die in der Regel wertlos ist, erforderlich. In manchen Fällen hat dagegen die Beseitigung der Verpackung eine Wertminderung oder die schlechtere Verkäuflichkeit der Ware im Gefolge, z. B. wenn die Ware durch die Verpackung zur Verhütung raschen Verderbs luftdicht abgeschlossen wird, so bei Konserven in Blechdosen, Schaumweinen, oder wenn sie in der Originalverpackung weiter verkauft werden soll.[12]) Alsdann darf der Käufer die Ware nicht untersuchen, wenn die Wertminderung eine erhebliche ist, z. B. bei Lieferung einer kleinen Quantität. Die Prüfung darf sich lediglich auf die Verpackung und auf die äußeren Eigenschaften der Ware erstrecken.[13]) Ist die Verpackung

[1]) R. O. H. G., Bd. IX, S. 208; R. G., Bd. LXVIII, S. 369.
[2]) R. O. H. G., Bd. IX, S. 99; Bolze, Bd. VI, Nr. 561.
[3]) R. G., Bd. LIX, S. 75.
[4]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 318.
[5]) R. O. H. G., Bd. III, S. 84, Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXXVIII, S. 209.
[6]) R. O. H. G., Bd. III, S. 247.
[7]) R. O. H. G., Bd. XXII, S. 151.
[8]) R. O. H. G., Bd. VIII, S. 175, 176.
[9]) Bolze, Bd. XV, Nr. 357.
[10]) Busch, Bd. III, S. 91.
[11]) R. G., Bd. XXV, S. 29, Bolze, Bd. XIII, S. 428.
[12]) Staub, Bd. II, S. 1603, Anm. 13; Makower, Bd. II, S. 1260, Anm. 3.
[13]) R. O. H. G., Bd. XVII, S. 217.

tadellos, so hat der Käufer das Recht, die Ware für mangelfrei zu halten;[1]) die Mängel der Ware gelten dann als nicht erkennbar. Ist dagegen der Wert der untersuchten Sache im Verhältnis zum Werte der ganzen Sendung nur gering, z. B. bei Lieferung großer Mengen, so ist der Käufer zur Untersuchung, die sich gewöhnlich auf Stichproben[2]) beschränken kann, verpflichtet. Dies gilt z. B. bei Flaschenwein, Schaumwein und Mineralwasser[3]) und bei Schinken, die für die Tropen bestimmt sind, in Tropenverpackung.[4]) Unter Umständen kann hier sogar ein Fehler der Verpackung als Mangel der Ware angesehen werden.[5])

ε) Sind mehrere Arten der Untersuchung von gleich langer Dauer möglich, so kann der Käufer eine Untersuchungsart auswählen.[6]) Ist aber durch die Handelssitte eine bestimmte Art der Untersuchung vorgeschrieben, z. B. bei Käse, durch Anbohren, nicht durch Anschneiden, so muß er sich dieser anschließen.[7])

ζ) Zur Erkennung der Mängel ist unter Umständen eine mehrmalige Untersuchung erforderlich z. B. bei einer Ware, bei der gewisse Mängel sofort, andere dagegen erst nach der Ablagerung oder nach Gebrauch oder Verarbeitung erkannt werden können. Die Untersuchung hat hier für erstere Mängel sofort, für letztere später zu erfolgen.[8]) Ist ein Mangel durch die Untersuchung überhaupt nicht erkennbar, so bedarf es einer Untersuchung nicht.[9])

η) Unter Umständen kann die Untersuchung durch einen Sachverständigen geboten sein.[10])

c) Der Umfang der Untersuchung richtet sich besonders nach den Erfordernissen eines ordnungsmäßigen Geschäftsganges.

α) Demgemäß wird sich die Untersuchung bei bloßer Wahrnehmung durch die Sinne gewöhnlich auf die ganze Ware

---

[1]) Busch, Bd. III, S. 97 f.
[2]) vgl. unten II, 5, c, α, S. 46 f.
[3]) R. G., Bd. LVII, S. 9.
[4]) R. G., Bd. LIX, S. 124.
[5]) Rechtspr. der O. L. G., Bd. VIII, S. 98.
[6]) R. G. XXXVIII, S. 11.
[7]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 160, Nr. 40.
[8]) Bolze, Bd. XXIII, Nr. 519.
[9]) Bolze, Bd. IX, Nr. 405.
[10]) vgl. oben B, II, 2, b, S. 37

erstrecken müssen, da ja eine Wertminderung dadurch nicht eintritt. Man wird aber vom Käufer zumal bei großen Sendungen nicht immer verlangen können, daß die Untersuchung die ganze Ware umfasse.[1])

Es genügt oft die Untersuchung von Stichproben, d. h. eines Teiles an Stelle der ganzen Ware; sie ist besonders dann zulässig, wenn aus irgend welchen Umständen, z. B. der Herstellung oder Gewinnung der Ware auf die gleichmäßige Beschaffenheit der ganzen Sendung geschlossen werden kann,[2]) oder wenn an der Stichprobe Mängel gefunden wurden und die Mangelhaftigkeit eines Teiles die ganze Ware entwertet.[3])

Zeigen sich an den Stichproben Mängel, so ist der Käufer berechtigt, die ganze Ware für mangelhaft zu halten. Ist die Stichprobe zufällig fehlerfrei, der übrige Teil der Ware aber trotzdem mangelhaft, so gilt der Mangel als ein nicht erkennbarer.[4]) Ist umgekehrt die Stichprobe mit Mängeln behaftet, obwohl die übrige Ware fehlerfrei ist, so kann der Verkäufer den Beweis erbringen, daß der nicht untersuchte Teil mangellos war. Gelingt ihm der Beweis, so gilt der Rest als vertragsmäßig.[5])

β) Auch bei Untersuchung einer Ware durch Gebrauch wird in der Regel die ganze Ware untersucht werden müssen, wobei aber die Art der Ware zu berücksichtigen ist. Im Falle der Untersuchung durch Verbrauch, Bearbeitung und Verarbeitung oder durch wertmindernde Beseitigung der Verpackung darf die Untersuchung sich auf die ganze Ware nur erstrecken, wenn dies unbedingt notwendig ist und auf andere Weise etwaige Mängel nicht festgestellt werden können.[6])

γ) Der Käufer braucht die Ware erst dann zu untersuchen, wenn der Verkäufer sie vollständig abgeliefert hat. Ist erst ein Teil in seinem

---

[1]) Gareis, S. 112; Staub, Bd. II, S. 1603, Anm. 15.

[2]) Makower, Bd. II, S. 1261, Anm. 4; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 160, Nr. 37; R. O. H. G., Bd. VII, S. 428; Bolze, Bd. XXIII, Nr. 427.

[3]) Jur. Wochenschr. 1899, S. 576, Nr. 15.

[4]) R. O. H. G., Bd. XII, S. 93.

[5]) Makower, Bd. II, S. 1261.; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 278, Note d; jetzt auch Staub, Bd. II, S. 1604, Anm. 15; Bolze, Bd. VIII, Nr. 502.

[6]) Makower, Bd. II, S. 1261, Anm. 4; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 278, Note d; R. G., Bd. XXV, S. 29; Bd. LXVIII, S. 370.

Gewahrsam, so kann er bis zum Eintreffen der ganzen Sendung warten.[1]) Soll dagegen die Ablieferung vertragsgemäß in einzelnen Raten erfolgen, bei den sogenannten Sukzessivlieferungsverträgen, so ist jede Ratenleistung selbständig zu untersuchen.[2])

δ) Hat der Verkäufer dem Käufer schon vor Eintreffen der Ware eine Ausfallprobe zugesandt, so liegt darin die Zusicherung des Verkäufers, daß die Ware ebenso ausfalle, wie die Probe.[3]) Die Zusendung von Ausfallproben geschieht zu dem Zwecke, um dem Käufer die Untersuchungsmöglichkeit der Ware schon vor deren Ablieferung zu verschaffen oder ihm die Gelegenheit eigener Prüfung der Ware zu geben, wenn der Verkäufer vertragsmäßig direkt an den Abnehmer des Käufers liefert, insbesondere im überseeischen Handelsverkehr.[4]) Fehlt bei der Hingabe der Zweck der Untersuchung, so liegt keine Ausfallprobe vor.[5]) Die Untersuchung der Ausfallprobe hat die gleiche Wirkung, wie die Untersuchung der Ware selbst.[6])

Der Käufer ist zu einer solchen Untersuchung berechtigt.[7]) Eine Pflicht, die Ausfallprobe zu untersuchen, besteht dagegen nicht,[8]) kann vielmehr nur durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag oder durch die Verkehrssitte begründet werden.[9]) Ob aus der widerspruchslosen Annahme einer unberechtigterweise zugesandten Ausfallprobe auf die Einwilligung des Käufers geschlossen werden darf, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.[10]) Zeigen sich nachträglich an der Ausfallprobe verborgene Mängel, so gilt das gleiche wie bei sofort erkennbaren Mängeln.[11])

---

[1]) R. G., Bd. XLIII, S. 65.

[2]) R. G., Bd. III, S. 101; Jur. Wochenschr. 1900, S. 394, Nr. 11; vgl. oben B, I, 2, b, δ, S. 26.

[3]) Makower, Bd. II, S. 1273; R. G., Bd. XLVII, S. 133.

[4]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 279; Gareis, S. 53.

[5]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 62, Anm. 3.

[6]) Busch, Bd. V, S. 469; R. O. H. G., Bd. VII, S. 259.

[7]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 257.

[8]) Makower, Bd. II, S. 1273; Staub, Bd. II, S. 1614, Anm. 33; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 280;
a. M. v. Hahn, Bd. II, S. 314, § 22, Lehmann-Ring, Bd. II, S. 162, Nr. 49.

[9]) Staub, Bd. II, S. 1614, Anm. 33; R. G. Bd. LXIII, S. 219 ff.

[10]) Hanausek, Bd. II, S. 75, Anm. 13a.

[11]) Hanausek, Bd. II, S. 75, Anm. 16; Makower, Bd. II, S. 1274, Anm. 2;
a. M. Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 281, Note e.

Trotz der erfolgten Untersuchung der Ausfallprobe durch den Käufer muß, wenn nichts anderes vereinbart ist, im Zweifel die Ware auch nach der Ablieferung untersucht werden.[1]) Ist die Ausfallprobe mangelhaft, die Ware aber fehlerfrei, so steht dem Verkäufer der Beweis frei, daß die Ware die vertragsmäßige Beschaffenheit habe.[2])

Nicht als Ausfallproben zu betrachten sind die sog. Reisemuster, die dem Käufer nur zu dem Zwecke übergeben werden, daß er schon vor der Ablieferung der Ware Bestellungen auf dieselbe aufnehmen kann.[3])

6. Die Kosten der Untersuchung.

Die Untersuchung liegt sowohl im Interesse des Verkäufers als auch des Käufers. Dem ersteren vermittelt sie die Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware, dem letzteren sichert sie in Verbindung mit der Mängelanzeige die Erhaltung der Mängeleinreden. Obwohl die Untersuchung für den Verkäufer von größerer Bedeutung ist, muß doch der Käufer die durch sie entstandenen Kosten tragen.

Der Käufer ist nach bürgerlichem Recht verpflichtet, die gekaufte Ware abzunehmen.[4]) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so muß der Käufer die Ware außerdem unverzüglich untersuchen.[5]) Die Pflicht der Untersuchung ist also eine Erweiterung der Abnahmepflicht des Käufers. Da nun dem Käufer mangels anderer Vereinbarung die Kosten der Abnahme zur Last fallen,[6]) so wird er im Zweifel auch die Kosten der Untersuchung zu tragen haben. Ob sich bei der Untersuchung Mängel gezeigt haben oder nicht, ist gleichgültig.[7])

Dieser eine gewisse Härte enthaltende Grundsatz, daß der Käufer die Kosten für eine im überwiegenden Interesse des Verkäufers vorzunehmende Handlung zu tragen hat, wird gemildert durch die Tatsache, daß durch die Untersuchung in der Regel keine oder nur unerhebliche Kosten entstehen. Auch wird nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt

---

[1]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 428.
[2]) R. G. XLVII, S. 134.
[3]) Makower, Bd. II, S. 1274.
[4]) B. G. B. § 433.
[5]) H. G. B. § 377, Abs. 1.
[6]) B. G. B. § 448.
[7]) Stübel, S. 434.

werden müssen, ob der Käufer, der wegen Mangelhaftigkeit der Ware einen Schadensersatzanspruch an den Verkäufer hat, zugleich auch die Erstattung der Untersuchungskosten verlangen kann.

III. Die Mängelanzeige.

1. Der Begriff der Mängelanzeige.

a) Hat sich bei der Untersuchung ein Mangel gezeigt, so muß der Käufer dem Verkäufer unverzüglich Anzeige machen.[1]) Durch die Anzeige gibt der Käufer seinen Willen kund, sich die aus der Mangelhaftigkeit der Ware ergebenden Rechte zu erhalten.[2]) Die Anzeige ist also eine Willenserklärung[3]) und zwar eine einseitige. Denn es ist nicht erforderlich, daß die Anzeige vom Verkäufer angenommen wird; selbst wenn dieser sie ablehnt, wird die Rechtswirksamkeit der Anzeige nicht aufgehoben.[4]) Daher kann die Anzeige nicht von einem Geschäftsunfähigen ausgehen,[5]) wohl aber von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erstattet werden; denn er erlangt durch sie lediglich einen rechtlichen Vorteil.[6]) Die Ansicht, daß die Mängelanzeige eine gewöhnliche Mitteilung sei,[7]) die dem Käufer lediglich die Kenntnis von der Vertragswidrigkeit der Leistung verschaffe, dürfte nicht zutreffen, da derartigen Mitteilungen der sich in der Anzeige äußernde Wille abgeht.[8])

b) Für die Mängelanzeige wird namentlich in Handelskreisen häufig der Ausdruck „Zurdispositionstellung" gebraucht.

---

[1]) H. G. B. § 377, Abs. 1.

[2]) S. dagegen Wolff in Busch, Bd. XV, S. 332, der die Ansicht vertritt, mit der Anzeige erkläre der Käufer regelmäßig nichts anderes, als daß er den Weg der Preisminderungsklage oder -einrede gar nicht betreten wolle.

[3]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 163, Nr. 50; a. M. Stübel, S. 435; Cosack, bürgerl. Recht, Bd. I, S. 153.

[4]) Hanausek, Bd. II, S. 5; Gareis, S. 122; Busch, Bd. XXIX, S. 265.

[5]) vgl. B. G. B. § 105.

[6]) vgl. B. G. B. § 107.

[7]) Stübel, S. 435.

[8]) R. O. H. G., Bd. XXV, S. 29.

Dieser Ausdruck deckt sich nicht mit dem Wesen der Anzeige, da er gewöhnlich bedeutet, daß dem Verkäufer die Ware zur Verfügung gestellt werde, damit er anders darüber verfügen könne, und demgemäß die vom Käufer auf Grund der Mängel geltend gemachten Ansprüche mit umfaßt.[1]) Der Käufer kann mit der Anzeige die Geltendmachung der Mängelansprüche verbinden, ist aber nicht hierzu verpflichtet.[2]) Anderseits genügt die Erklärung des Käufers, daß er Wandelung oder Minderung beanspruche[3]) oder die Zurücksendung der Ware allein[4]) nicht zur Wahrung seiner Rechte. Die Zurdispositionsstellung ist zudem oft unpraktisch, da sie in vielen Fällen die gütliche Einigung der Parteien vereitelt.[5])

2. Die bei der Mängelanzeige beteiligten Personen.

a) Die Mängelanzeige muß von der rechten Person ausgehen.

α) Der § 377 H. G. B. bestimmt, daß die Anzeige vom Käufer zu erstatten ist. Damit ist aber, wie bei der Untersuchung,[6]) nicht gesagt, daß nur der Käufer persönlich oder sein Bote zu einer wirksamen Anzeige befugt sei.

β) Die Anzeige kann auch vom Bevollmächtigten des Käufers ausgehen. Als ohne weiteres ermächtigt gilt der Prokurist, da er gesetzlich zur Vornahme aller Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, befugt ist;[7]) desgleichen der Handlungsbevollmächtigte, der zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme bestimmter oder einzelner zu einem Handelsgewerbe

---

[1]) Staub, Bd. II, S. 1607, Anm. 21; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 166, Nr. 61.

[2]) Gareis, S. 128; Busch, Bd. XII, S. 426; R. O. H. G., Bd. XX, S. 351; R. G., Bd. XXVII, S. 395.

[3]) Busch, Bd. IV, S. 372; Bd. XXXVI, S. 186.

[4]) Gareis, S. 120, Hanausek, Bd. II, S. 101, Anm. 28; Busch, Bd. V, S. 468;

[5]) Stübel, S. 436.

[6]) vgl. oben B, II, 2, S. 36.

[7]) H. G. B. § 49.

gehöriger Geschäfte ermächtigt ist.[1]) Inwieweit sonst eine Ermächtigung zur Erstattung der Mängelanzeige vorhanden ist, richtet sich nach dem Inhalt der Vollmacht. Die Frage ist zu bejahen bezüglich der Handlungsreisenden und der Handlungsagenten[2]) an auswärtigen Plätzen, die zum Einkauf ermächtigt sind,[3]) ebenso hinsichtlich der in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten, insofern sie zu Empfangnahmen ermächtigt sind.[4]) Gesamtvertreter müssen die Anzeige gemeinsam erstatten.[5]) Als nicht ermächtigt kann der nur mit Prozeßvollmacht versehene Rechtsanwalt gelten, da er durch sie nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen befugt ist.[6])

γ) Die Ansicht, daß die Mängelanzeige von jedem Dritten vorgenommen werden könne, geht wohl zu weit.[7]) Handelt der Anzeigende *ohne Vollmacht*, so ist die Anzeige ohne Wirkung.[8]) Ist aber in den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen[9]) die nachträgliche Genehmigung des Käufers zulässig, so muß diese auch unverzüglich erfolgen.[10])

b) Die Mängelanzeige muß *an die rechte Person gerichtet* sein.

α) Das Gesetz bestimmt nur, daß die Anzeige dem *Verkäufer* gemacht werden muß. Indessen kann es auch hier nicht zweifelhaft sein, daß die Anzeige nicht notwendig dem Verkäufer persönlich zu erstatten ist. Ist die Anzeige zwar an den Verkäufer abgesandt worden, aber unter falscher Adresse, so ist sie nur dann wirksam, wenn der Verkäufer sie trotzdem noch rechtzeitig erhält.[11])

β) Sie kann vielmehr auch an den *Bevollmächtigten* des Verkäufers gerichtet werden, ohne daß der Verkäufer selbst Kenntnis

---

[1]) H. G. B. § 54.
[2]) H. G. B. § 55.
[3]) *Lehmann-Ring*, Bd. II, S. 163, Nr. 51.
[4]) H. G. B. § 56.
[5]) Staub, Bd. I, S. 784, Anm. 4; R. G., Bd. LXI, S. 223.
[6]) Z. P. O. § 81.
[7]) Stübel, S. 438.
[8]) B. G. B. § 180, Satz 1.
[9]) B. G. B. § 180, Satz 2.
[10]) Sächs. Archiv, Bd. XIII, S. 578 ff.; Rechtspr. d. O. L. G., Bd. VI, S. 224.
[11]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 293; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXVI, S. 571.

von der Anzeige zu erhalten braucht.[1]) Sind Gesamtvertreter vorhanden, so genügt die Anzeige an einen.[2]) Als gesetzlich ermächtigt gelten in erster Linie der Prokurist und der Generalhandlungsbevollmächtigte.[3]) Ferner ist bestimmt, daß die Mängelanzeige gegenüber dem Handlungsreisenden abgegeben werden kann, jedoch nur dann, wenn er anwesend ist.[4]) Ist der Reisende nicht anwesend, so liegt kein Grund vor, die Anzeige an ihn zu erstatten; sie kann dann ebensogut an den Geschäftsinhaber selbst gerichtet werden.[5]) Der Ort, an dem der Reisende anwesend sein muß, kann nur ein solcher sein, der in naher Beziehung zur Mängelanzeige steht, also entweder der Ablieferungsort oder der Untersuchungsort, falls er von ersterem verschieden ist oder der Wohnort des Käufers.[6]) Die Anzeige ist daher unzureichend, wenn sie der Käufer dem Reisenden gegenüber, den er vielleicht zufällig an einem andern Orte getroffen hat, abgibt, selbst wenn der Reisende sie sofort seinem Geschäftsherrn mitteilt. Der Käufer kann sich in diesem Falle nicht auf die rechtzeitige und ordnungsmäßige Erstattung der Anzeige berufen. Dieser Mangel wird aber geheilt, wenn der Verkäufer die Anzeige vorbehaltlos annimmt und als ordnungsmäßig betrachtet. Ob die Anzeige bezüglich solcher Waren erfolgt ist, deren Bestellung der Reisende herbeigeführt hat oder bezüglich anderer, ist gleichgültig.[7])

Die bezüglich der Wirksamkeit der einem Handlungsagenten erstatteten Anzeige entstandenen Zweifel[8]) sind durch das neue Handelsgesetzbuch beseitigt. Demgemäß kann die Anzeige von Mängeln einer Ware auch dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.[9]) Der Handlungsagent muß aber einen festen Niederlassungsort haben; ist er als Reisender tätig, so gelten für ihn die Vorschriften über Hand-

---

[1]) R. O. H. G., Bd. V, S. 106.

[2]) R. G., Bd. LIII, S. 230.

[3]) H. G. B. §§ 49, 54; Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 91; vgl. oben B, III, 2, a, β, η, S. 50, 51.

[4]) H. G. B. § 55, Abs. 3.

[5]) Denkschrift zum Entw. eines H. G. B. S. 51.

[6]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 287, Note aa.

[7]) Staub, Bd. I, S. 248, Anm. 6.

[8]) R. O. H. G., Bd. VI, S. 86; Bd. XII, S. 9, Bd. XV, S. 272.

[9]) H. G. B., § 86, Abs. 2.

lungsreisende.[1]) In diesem Falle ist also die Anzeige nur dann wirksam, wenn sie dem ortsanwesenden Handlungsagenten gemacht ist, die dem Agenten erstattete Anzeige ist auch dann ordnungsmäßig, wenn der Agent keine Vollmacht hatte, es sei denn, daß der Käufer nicht in gutem Glauben war. Dies gilt selbst dann, wenn der Agent dem Käufer die Anzeige mit dem Bemerken zurücksendet, daß ihm der Verkäufer keine Vollmacht zur Entgegennahme von Mängelanzeigen erteilt habe.[2]) Auch hier ist die Anzeige bezüglich solcher Waren wirksam, die nicht durch Vermittlung des Agenten verkauft worden sind. Widerspricht aber eine derartige Anzeige den Grundsätzen von Treu und Glauben, so kann sie nicht als ordnungsmäßig angesehen werden. So wird z. B. eine Anzeige, die nur den Zweck haben kann, den Verkäufer bei dem Agenten in Mißkredit zu bringen, nicht als rechtswirksam gelten können.[3]) Auch an die in einem offenen Laden Angestellten kann die Anzeige gerichtet werden, insofern sie zu Verkäufen ermächtigt gelten.[4])

Der Handelsmäkler ist dagegen nicht zur Entgegennahme der Mängelanzeige befugt. Denn er steht nicht, wie der Agent, in dauernder Beziehung zu seinem Geschäftsherrn. Seine Tätigkeit ist jedesmal mit der Vermittlung eines bestimmten Geschäftes beendet. Auch hat er die Vermittlung im Interesse beider Parteien auszuführen.[5])

γ) Der Käufer kann die Anzeige *nach seinem Belieben* sowohl direkt an den Verkäufer als auch an dessen Bevollmächtigten richten. Durch Parteivereinbarung kann aber dem Käufer die Pflicht auferlegt sein, die Anzeige nur dem Bevollmächtigten zu erstatten, z. B. wenn der im Auslande wohnende Verkäufer in Deutschland einen dauernden Vertreter hat, weil die an seinen Wohnort gesandte Anzeige wegen der großen Entfernung nicht mehr rechtzeitig sein würde.[6])

δ) Die *an einen Nichtbevollmächtigten* gerichtete Anzeige ist ohne Wirkung, selbst wenn sie durch diesen an den Verkäufer

---

[1]) H. G. B., § 87.
[2]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 287, Note bb.
[3]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 288, Note bb.
[4]) H. G. B. § 56.
[5]) *Stübel*, S. 440.
[6]) *Lehmann-Ring*, Bd. II, S. 163, Nr. 51.

gelangt,[1]) z. B. die Anzeige an die Staatsanwaltschaft oder die Polizeibehörde.[2]) Ebensowenig genügt die Anzeige an den eine Maschine aufstellenden Monteur,[3]) der zwar die Annahme der Anzeige dem Käufer gegenüber ablehnt, aber trotzdem die Rüge an seine Fabrik berichtet. Unwirksam ist auch die Anzeige des Käufers gegenüber dem Verkaufskommittenten des Verkäufers, an den die Ware abliefernden Frachtführer,[4]) sowie an alle Personen, die nur technische Verrichtungen für den Verkäufer auszuführen haben.[5])

Beauftragt der Käufer den Dritten als Boten zur Überbringung der Anzeige, so ist die Anzeige wirksam.[6]) Die Absicht des Käufers kann aus den Umständen des Falles hervorgehen und würde z. B. als vorhanden anzunehmen sein, wenn der Käufer einem Angestellten des Verkäufers in dessen Abwesenheit die Mängelanzeige macht.[7]) Der Dritte ist aber nur dann als Bote anzusehen, wenn er den Übermittlungsauftrag unzweifelhaft übernommen hat.[8])

3. Die Zeit der Mängelanzeige.

a) Die Mängelanzeige ist unverzüglich zu erstatten, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern.[9]) Da für die Erstattung der Mängelrüge nur wenig Zeit erforderlich ist, so werden die Fälle unverschuldeter Verzögerung nicht allzuhäufig sein. Die z. B. durch Verkehrsstörungen oder durch allgemeine oder konfessionelle Feiertage hervorgerufene Verspätung ist aber jedenfalls unverschuldet. Der Käufer würde daher berechtigt sein, mit der Mängelanzeige bis Montag zu warten, wenn die Untersuchung schon mit Ablauf des Sonnabends beendet war.[10])

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 286, Note 5a; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 163, Nr. 51;
a. M. Makower, Bd. II, S. 1267, Anm. d.

[2]) Busch, Bd. XI, S. 10 f.

[3]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 65.

[4]) Busch, Bd. XIII, S. 238.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1610, Anm. 28.

[6]) Hanausek, Bd. II, S. 10.

[7]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 286, Note 5a.

[8]) Makower, Bd. II, S. 1267, Anm. d.

[9]) B. G. B. § 121; vgl. oben B, II, 4, b, c, S. 40 ff.

[10]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 164, Nr. 53.

b) Ein bei der Untersuchung erkennbarer Mangel muß unverzüglich nach der Untersuchung angezeigt werden; da aber die Untersuchung keine gesetzliche Pflicht ist, so muß die Anzeige unverzüglich nach derjenigen Zeit erfolgen, welche für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist.[1])

α) Früher braucht der Käufer nicht zu rügen, auch wenn er den Mangel schon früher kannte.[2]) Der Käufer kann also auf jeden Fall den Ablauf der Untersuchungsfrist abwarten, auch wenn er die Untersuchung ungewöhnlich schnell ausgeführt hat oder überhaupt nicht untersucht hat.[3]) Daß dem Käufer hierdurch Gelegenheit geboten wird, mit der Ware zu spekulieren, ist für den Verkäufer nicht von Nachteil. Denn die wegen des Fallens der Preise erstattete Mängelanzeige hat nur dann Erfolg, wenn Mängel wirklich vorhanden sind; behält der Käufer beim Steigen der Preise die Ware trotz der Mangelhaftigkeit, so trifft den Verkäufer auch nicht die Mängelhaftung.[4]) Der Käufer braucht ferner nicht schon dann anzuzeigen, wenn er einen Mangel vermutet. Erst wenn er den Mangel mit Sicherheit festgestellt hat, ist er zur Anzeige verpflichtet.[5]) Bei überseeischen Waren darf der Käufer unter Umständen solange warten, bis die Ware die Folgen der Seereise überwunden hat.[6])

β) Anderseits darf die Untersuchungsfrist nicht durch den Gebrauch des Kaufgegenstandes verlängert werden, wenn der Mangel schon durch Besicht erkennbar war.[7]) Ist die Untersuchung verspätet, so wird in der Regel auch die Mängelanzeige verspätet sein. Die Anzeige ist aber noch rechtzeitig, wenn die Rügefrist dennoch, z. B. durch telegraphische Übersendung der Anzeige gewahrt bleibt.[8])

---

[1]) Makower, Bd. II, S. 1266, Anm. e, 1; R. O. H. G., Bd. XII, S. 92; R. G., Bd. XLVII, S. 23; Bolze, Bd. VII, Nr. 561.

[2]) R. O. H. G., Bd. XIII, S. 10.

[3]) Stübel, S. 441.

[4]) Stübel, S. 442.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1610, Anm. 29; Bolze, Bd. I, Nr. 1085, Bd. IX, Nr. 405.

[6]) R. O. H. G., Bd. XV, S. 214.

[7]) R. O. H. G., Bd. XVI, S. 322.

[8]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 282, Note 1a.

γ) In der Regel braucht der Käufer nur eine einzige Anzeige nach vollständig beendeter Untersuchung zu erstatten.[1]) Arbeitet z. B. eine Maschine von Anfang an schlecht, so darf sie trotzdem eine Zeit lang geprobt werden.[2]) Daher darf auch eine unrichtige Mängelanzeige durch eine weitere Anzeige richtiggestellt werden, vorausgesetzt, daß diese letztere noch rechtzeitig ist.[3])

Zeigt jedoch die Ware offene oder leicht erkennbare Mängel, ist aber die Untersuchung noch nach einer andern Richtung hin vorzunehmen, z. B. bezüglich der Arbeitsfähigkeit einer Maschine oder der Keimfähigkeit von Saatgut, so sind die ersteren Mängel unverzüglich, ohne die letztere Untersuchung abzuwarten, anzuzeigen.[4]) Nur dann würde die Unterlassung der Anzeige gerechtfertigt sein, wenn der Käufer nach den Umständen des einzelnen Falles nur nach dem Abschluß einer allseitigen Untersuchung die Beschaffenheit der Ware zuverlässig beurteilen kann.[5])

δ) Hat der Käufer die Untersuchung der Ware seinem Abnehmer überlassen, so ist die auf die Rüge des Abnehmers erfolgende Mängelanzeige des Käufers verspätet, wenn sie nicht innerhalb der für den Käufer geltenden Rügefrist vorgenommen wird.[6]) Der Käufer kann die Rechtzeitigkeit z. B. wahren, wenn er sich des Telegraphs bedient. Ist aber zwischen Käufer und Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, daß die Untersuchung der Ware erst beim Abnehmer zu erfolgen habe, z. B. bei Weiterversendung der Ware durch den Käufer in Originalverpackung, so ist die auf die rechtzeitige Rüge des Abnehmers erstattete Mängelanzeige des Käufers nicht verspätet, selbst wenn sie für diesen nicht mehr rechtzeitig sein würde.[7]) Die bloße Kenntnis des Verkäufers von der Weiterversendung der Ware genügt aber nicht für die Annahme einer dahingehenden Vereinbarung.[8])

---

[1]) Jur. Wochenschr. 1906, S. 446, Nr. 13; Bolze, Bd. IV, Nr. 711.
[2]) R. O. H. G., Bd. XI, S. 99.
[3]) R. G., Bd. XLVII, S. 20.
[4]) R. G., Bd. LXII, S. 258.
[5]) R. O. H. G., Bd. XIII, S. 11; R. G., Bd. LXII, S. 258.
[6]) Makower, Bd. II, S. 1266, Anm. 1; R. O. H. G., Bd. II, S. 336; Bd. V, S. 250; R. G., Bd. IV, S. 133.
[7]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 283, Note c.
[8]) vgl. oben B, II, 3, c, S. 38 f.

ε) Erfolgt die Warensendung in Ausführung eines sog. Sukzessivlieferungsvertrages in einzelnen selbständigen Lieferungen, so muß nach jeder Teillieferung Mängelanzeige gemacht werden.[1]) Der Käufer darf nicht die einzelnen Raten, ohne sie untersucht zu haben, miteinander vermengen. Die Rüge eines an einer Probe dieser Mischung vorgefundenen Mangels ist nicht ordnungsmäßig, es sei denn, daß die Teillieferung besonders bezeichnet ist. Ist aber der Mangel der Ware erst nach Eingang sämtlicher Raten erkennbar, z. B. wenn ein gewisser Prozentsatz für die Qualität der Waren vereinbart ist, aber nicht bei jeder Lieferung eingehalten zu werden braucht,[2]) oder sollte von dem Käufer eine sofortige Untersuchung der einzelnen Rate nach Lage der Umstände nicht verlangt werden, z. B. wenn der Käufer die tägliche Lieferung sofort vertragsmäßig verarbeitet,[3]) so ist der Käufer nicht zur Untersuchung der einzelnen Rate verpflichtet. Ob aus der Unterlassung der Anzeige eines Mangels an einer früheren Lieferung auf den Verzicht der Ansprüche bezüglich dieses Mangels bei den späteren Lieferungen geschlossen werden kann, muß nach der Lage des Einzelfalles beurteilt werden.[4])

Liegt kein Sukzessivlieferungsvertrag vor, sondern ist einheitliche Lieferung ausbedungen, so ist der Käufer, falls die Leistung in einzelnen getrennten Lieferungen erfolgt, nicht verpflichtet, nach jeder einzelnen Sendung zu rügen. Er braucht die Mängelanzeige erst dann zu erstatten, wenn er die Ware vollständig erhalten hat.[5])

ζ) Auch die vor der Ablieferung erstattete Mängelanzeige ist wirksam.[6]) Es ist gleichgültig, ob sich die Anzeige auf die Untersuchung der Ware, auf bloße Vermutung oder auf Mitteilungen eines Dritten stützt.[7]) Erforderlich ist aber, daß die Ablieferung nach-

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 283, Note d; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XL, S. 511, Nr. 209; Jur. Wochenschr. 1900, S. 394, Nr. 14; R. G., Bd. III, S. 100; vgl. oben B, II, 5, c, γ S. 47.

[2]) Bolze, Bd. XXI, Nr. 479.

[3]) Bolze, Bd. XIII, Nr. 428.

[4]) Bolze, Bd. VII, Nr. 584.

[5]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 166, Nr. 59; R. G., Bd. XLIII, S. 66.

[6]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 283, Note b; R. G., Bd. XXXVI, S. 228.

[7]) R. O. H. G., Bd. XIII, S. 10, Bd. XIV, S. 66, Bd. XV, S. 270.

folgt. Kommt es nicht zur Ablieferung, z. B. weil der Käufer die Annahme der Ware wegen Verspätung oder Bestreitens des Vertragsschlusses verweigert, so kommt § 377 H. G. B. nicht zur Anwendung, da er die Ablieferung voraussetzt.[1])

Durch die vor der Ablieferung erfolgte Anzeige wird die Anzeige von Mängeln, die nach der Ablieferung hervortreten, nicht ausgeschlossen. Diese kann vielmehr bis zum Ende der Anzeigefrist erfolgen.

η) Über die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige entscheidet das Recht des Erfüllungsortes, nicht das Recht des Ablieferungs- oder Bestimmungsortes, da die rechtzeitige Untersuchung und Anzeige nur die Voraussetzung der nach dem Recht des Erfüllungsortes zu beurteilenden Berechtigung zur Mängelrüge ist.[2])

c) War der Mangel bei der Untersuchung nicht erkennbar, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden.[3])

α) Auch hier ist aber die Anzeige erst dann zu erstatten, wenn der Käufer die zweifellose Gewißheit von dem Vorhandensein des Mangels erlangt hat, nicht schon bei bloßer Vermutung.[4]) Daß der Käufer den Mangel bei größerer Aufmerksamkeit schon früher hätte entdecken müssen, ist unerheblich, wenn nur der Mangel ein nicht erkennbarer ist; vermutet aber der Käufer das Vorhandensein eines verborgenen Mangels, so ist er verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu seiner Feststellung zu treffen.[5])

β) Der Mangel ist auch dann ein verborgener, wenn die Verpackung nicht ohne Wertminderung der Ware entfernt werden kann, z. B. bei Konserven oder Schaumwein oder wenn die Entdeckung

---

[1]) Goldschmidts Zeitschr., Bd. XL, S. 509, Nr. 202; Jur. Wochenschr. 1905, S. 158, Nr. 49; R. O. H. G., Bd. VI, S. 325; R. G., Bd. LXIII, S. 220; Bolze, Bd. XIX, Nr. 535.

[2]) Staub, Bd. II, S. 1613, Anm. 32; R. O. H. G., Bd. IX, S. 8; Bd. XV, S. 134 u. S. 212;

a. M. Nord i. d. deutschen Juristenzeitung 1906, S. 1204, der annimmt, daß hierdurch das Recht des Verkäufers auf alsbaldige Mängelanzeige zum Teil illusorisch gemacht würde. Es müsse vielmehr gefragt werden, ob im Verkehr der Verkäufer mit den Käufern bezüglich der in Betracht kommenden Ware ein bestimmtes Verhalten Gebrauch sei.

[3]) H. G. B., § 377, Abs. 3.

[4]) Staub, Bd. II, S. 1612, Anm. 31; Bolze, Bd. I, Nr. 1085.

[5]) Makower, Bd. II, S. 1266, Anm. 2; Bolze, Bd. XIX, Nr. 544.

des Mangels bei der zulässigen Vornahme von Stichproben nicht möglich war.[1])

γ) Hat sich der Mangel erst bei dem Abnehmer des Käufers gezeigt, so erfordert es die Gerechtigkeit, die Anzeige des Käufers selbst dann noch als rechtzeitig anzusehen, wenn der nicht zur Mängelanzeige verpflichtete Abnehmer dem Käufer die Anzeige aus Nachlässigkeit erst nach geraumer Zeit erstattet, vorausgesetzt, daß der Käufer sie unmittelbar nach seiner Benachrichtigung weitergibt.[2])

δ) Die Entdeckung des Mangels muß innerhalb sechs Monaten seit der Ablieferung erfolgen, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.[3]) Nach Ablauf dieser Verjährungsfrist kann der Käufer seine Ansprüche im Wege der Klage nicht mehr geltend machen und auch einrede- oder aufrechnungsweise nur dann, wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährung den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hat,[4]) oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

ε) Im übrigen gelten für die Anzeige eines erst später entdeckten Mangels dieselben Grundsätze, wie für die Anzeige eines bei der Untersuchung erkennbaren Fehlers.[5])

4. Form und Inhalt der Mängelanzeige.

a) Eine besondere Form für die Mängelanzeige ist nicht vorgeschrieben. Es genügt jede Form, die imstande ist, die Anzeige dem Verkäufer zu übermitteln.[6]) Die Anzeige kann daher mündlich oder schriftlich, telephonisch oder telegraphisch erstattet werden. Da die Postanstalten einen hohen Grad von Betriebssicherheit erlangt haben, so genügt im Falle schriftlicher Nachricht der gewöhnliche Brief, ein-

---

[1]) vgl. oben B, II, 5, c, α, S. 46.
[2]) Gareis, S. 131, 132, Stübel, S. 443.
[3]) B. G. B. § 477.
[4]) B. G. B. § 478; Staub, Bd. II, S. 1653, Anm. 144.
[5]) vgl. oben B, III, 3, b, S. 55 ff.
[6]) Staub, Bd. II, S. 1609, Anm 25.

geschriebener Brief ist nicht erforderlich.[1]) Auch die durch Klage- oder Streitverkündung erfolgte Anzeige ist gültig.[2])

Das Erfordernis der Rechtzeitigkeit kann unter Umständen bestimmend auf die Form der Anzeige einwirken, z. B. wenn der Käufer um die Anzeige noch rechtzeitig an den Verkäufer gelangen zu lassen, durch Telegramm, anstatt durch gewöhnlichen Brief anzeigt.[3]) Auch die Geschäftsübung kann die Benutzung einer bestimmten Form vorschreiben; ist z. B. in gewissen Fällen die Mängelrüge durch eingeschriebenen Brief oder durch Telegramm üblich, so muß sich der Käufer hiernach richten.[4])

Die bloße Rücksendung der Ware, mit der der Käufer dem Verkäufer die Beanstandung der Ware kundgeben will, ist keine genügende Form der Mängelanzeige.[5])

b) Der Inhalt der Mängelanzeige ist durch ihren Zweck bestimmt. Demgemäß muß die Mängelanzeige derart gefaßt sein, daß der Verkäufer insoweit von der Art und dem Umfang der Mangelhaftigkeit der Ware Kenntnis erlangt, daß er über die zu treffenden Maßnahmen schlüssig werden kann.[6])

α) Daher muß die Anzeige nicht nur die Angabe, daß sich ein Mangel an der Ware gezeigt hat, sondern auch die nähere Bezeichnung dieses Mangels enthalten. Der Umfang dieser Bezeichnung wird nach Lage des einzelnen Falles verschieden sein. In der Regel muß der Mangel so bezeichnet sein, daß der Verkäufer erkennen kann, um welchen Mangel es sich handelt.[7]) Eine ins einzelne gehende skrupulöse Anzeige ist nicht erforderlich. Ist z. B. die Ware unter der Bezeichnung „prima" geliefert, so genügt die Angabe, daß die Ware nicht dementsprechend, sondern nur sekunda sei. Einer Aufzählung der einzelnen Fehler, die zu dieser Beurteilung führen, bedarf es nicht. Es reicht z. B. auch aus, daß der Käufer, wenn die Primaqualität aus

---

[1]) Hanausek, Bd. II, S. 17, Anm. 35; R. O. H. G., Bd. XIX, S. 154.
[2]) R. G., Bd. LIX, S. 152.
[3]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 285, Note 3.
[4]) Makower, Bd. II, S. 1265, Anm. 8.
[5]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 311.
[6]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 284, Note 2a; Jur. Wochenschrift, 1891, S. 474, Nr. 28; R. O. H. G., Bd. XIV, S. 67.
[7]) R. O. H. G., Bd. V, S. 261; Bd. XIV, S. 68.

mehreren Eigenschaften besteht, nur eines dieser Merkmale in der Anzeige angibt.[1]) Eine allgemeine Bezeichnung der Mängel kann auch durch die Umstände, insbesondere auf Grund des vorangegangenen Briefwechsels gerechtfertigt sein, z. B. wenn der Verkäufer bei der Übersendung der Ware auf einen Mangel derselben hingewiesen hatte. Eine ausführliche Anzeige würde in solchen Fällen eine leere Formalität sein. Diese zu verlangen, würde mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar sein.[2])

Beim Vorhandensein eines Quantitätsmangels hat die Rüge lediglich die Tatsache des entdeckten Fehlbetrages zu enthalten, die genaue Angabe desselben ist nicht erforderlich.[3]) Ist eine andere Ware geliefert, so muß der Verkäufer aus der Anzeige zwar erkennen können, worin die Vertragswidrigkeit besteht; im übrigen aber genügt die allgemeine Bezeichnung derjenigen Merkmale, welche die Ware zu einer andern machen.[4]) Da es oft zweifelhaft ist, ob eine andere Ware geliefert oder ob die Ware mit Qualitätsmängeln behaftet ist, so wird es in diesen Fällen angebracht sein, die Mängelrüge so zu fassen, daß sie auf beide Fälle zutrifft, da der Käufer sonst leicht seine Rechte verlieren kann.

Anderseits darf aber die Anzeige nicht zu unbestimmt gehalten sein. Der allgemeine Ausdruck der Unzufriedenheit, z. B. die Ware sei schlecht, nicht vertragsmäßig, nicht preiswürdig, nicht zu gebrauchen, ist nicht genügend.[5]) Immer muß der Verkäufer ersehen können, warum die Ware vertragswidrig ist.[6]) Ist die Ware nicht probemäßig, so muß die Mängelrüge die Angabe enthalten, worin die Probewidrigkeit liegt. Die bloße Mitteilung, daß die Ware probewidrig sei, kann aber genügen, wenn nach der zwischen den Parteien stattgefundenen Korrespondenz

[1]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 284, 285, Note 2a; Makower, Bd. II, S. 1264, Anm. 1; Jur. Wochenschr. 1896, S. 702, Nr. 43; 1900, S. 757, Nr. 28;
a. M. Staub, Bd. II, S. 1608, Anm. 23.

[2]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 114; Bolze, Bd. VII, Nr. 574.

[3]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 174, Nr. 10; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 303, Note 2.

[4]) Lehmann-Ring, Bd. II, S. 173, Nr. 7.

[5]) Busch, Bd. XVIII, S. 464 ff.; R. O. H. G., Bd. X, S. 269; Jur. Wochenschrift 1897, S. 193, Nr. 26; 1898, S. 646, Nr. 18.

[6]) Wolff in Busch, Bd. XV, S. 328, 329; R. O. H. G., Bd. VI, S. 165, Bd. XIV, S. 67.

kein diesbezüglicher Zweifel mehr möglich ist.[1]) Erstattet der Käufer die Mängelanzeige bezüglich solcher Mängel, die ihm selbst von seinen Abnehmern gerügt worden sind, so genügt nicht die bloße Mitteilung an den Verkäufer, daß der Abnehmer dem Käufer gegenüber rüge. Die Mängelanzeige muß vielmehr klar erkennen lassen, daß der Käufer dem Verkäufer gegenüber die Ware beanstande.[2])

Liegt eine Kollektivsendung aus verschiedenen Käufen vor, so muß sich aus der Anzeige ergeben, an welchem Teil der Sendung sich der Mangel gezeigt hat.[3]) Dies ist nicht erforderlich, wenn sich die Anzeige auf alle Sendungen bezieht, z. B. wenn die Teilsendungen derselben Ware fast gleichzeitig eintreffen.[4])

β) Nicht notwendig ist es, daß in der Anzeige die Mängel *richtig bezeichnet* werden. Ist z. B. bei einem Kauf nach Probe der gelieferte Weizen nicht probemäßig, sondern mit Bodengeruch behaftet, bezeichnet der Käufer diesen Mangel aber unrichtig als Dumpfgeruch, so kann es für den Verkäufer nicht zweifelhaft sein, daß der Käufer den vertragswidrigen Geruch der Ware rügen wollte. Die unrichtige Bezeichnung des Mangels ist daher unerheblich.[5])

γ) Aus der Anzeige muß der Wille des Käufers hervorgehen, die Lieferung *nicht als Erfüllung gelten* zu lassen. Keine wirksame Mängelanzeige würde daher in der Mitteilung des Käufers liegen, das Bier werde durch das Hin- und Herfahren trübe, der Verkäufer solle einmal mit seinem Braumeister über die Beseitigung dieses Übelstandes sprechen.[6]) Der Käufer braucht dagegen nicht die *Ansprüche* zu bezeichnen, die er wegen der Mangelhaftigkeit der Lieferung geltend zu machen beabsichtigt. Die Wirkung, daß die Ware als nicht genehmigt gilt, tritt allein durch die Anzeige der Mängel ein, es sei denn, daß aus dem weitern Inhalt der Anzeige oder aus sonstigen Umständen hervorgeht, daß der Käufer die Ware dennoch genehmigt, oder daß er die durch die Mängel entstandenen Ansprüche nicht geltend

---

[1]) R. O. H. G., Bd. XIV, S. 156; Bd. XVIII, S 204; R. G., Bd. XLVII, S. 13; Jur. Wochenschr. 1897, S. 193, Nr. 26 u. S. 390, Nr. 13.

[2]) Jur. Wochenschr. 1902, S. 173, Nr. 39.

[3]) R. O. H. G., Bd. X, S. 269.

[4]) R. G., Bd. XLIII, S. 64.

[5]) R. G., Bd. XLVII, S. 13, 14.

[6]) Jur. Wochenschr. 1898, S. 646, Nr. 18.

machen will.[1]) Letzteres kann z. B. geschlossen werden aus dem bloßen Tadel, besonders bei Sukzessivlieferungsgeschäften, der nur den Zweck hat, künftig bessere Lieferungen zu erwirken oder um Stundung zu erreichen.[2])

Ebensowenig ist der Käufer zur Angabe der Motive verpflichtet, die ihn zur Erstattung der Mängelanzeige veranlaßt haben. Der Verkäufer ist zu einer Prüfung der Motive nicht befugt.[3]) Selbst wenn ihm der Nachweis gelänge, daß der Käufer nur infolge der veränderten Konjunktur die Mängelanzeige erstattet hat, würden die Rechte des Käufers unverändert bleiben.

5. Die Absendung der Mängelanzeige.

a) Zur Wahrung der Rechte des Käufers ist die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügend;[4]) es ist nicht notwendig, daß der Verkäufer die Anzeige empfängt. Die Vorschrift ist neu, entspricht aber der schon früher herrschenden Auffassung;[5]) sie findet auf den Regelfall Anwendung, daß die Anzeige dem abwesenden Verkäufer erstattet wird. Die ausdrückliche Hervorhebung war gegenüber dem bürgerlichen Gesetzbuch erforderlich, das die einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam werden läßt, in dem sie ihm zugeht.[6])

Daß der Verkäufer die Gefahr der Mängelanzeige zu tragen hat ist gerechtfertigt. Denn er ist verpflichtet, vertrags- oder gesetzmäßige Ware zu liefern. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so hat er die Mängelanzeige verschuldet. Liefert er dagegen mangelfreie Ware, so erleidet er durch das Ausbleiben der Anzeige keinen Schaden, da sie wirkungslos ist.[7])

---

[1]) R. G., Bd. LIV, S. 68.

[2]) Staub, Bd. II, S. 1608, Anm. 22; Jur. Wochenschrift 1898, S. 646, Nr. 18.

[3]) R. O. H. G., Bd. V, S. 251.

[4]) H. G. B. § 377, Abs. 4.

[5]) Gareis, S. 119; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXVI, S. 571; R. O. H. G., Bd. XIX, S. 155.

[6]) B. G. B. § 130; Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 224; vgl. Zitelmann, S. 93 ff.

[7]) R. O. H. G., Bd. XIX, S. 155.

b) Die Absendung der Anzeige muß eine ordnungsmäßige sein. Hierzu gehört vor allen Dingen die Wahl einer zulässigen Beförderungsart. Die Annahme einer ordnungsmäßigen Beförderung gilt ohne weiteres für die Reichspost.[1]) Ein Brief muß genügend frankiert sein.[2]) Entsteht durch die unzureichende Verwendung von Postwertzeichen eine Verzögerung der Anzeige oder lehnt der Verkäufer infolgedessen die Anzeige ab, so hat der Käufer die daraus entstehenden Folgen zu tragen, da er sie verschuldet hat. Ungenügend ist auch die Beilegung des Briefes in das Paket, in dem die mangelhafte Ware zurückgesandt wird.[3]) Zur Wirksamkeit der Absendung gehört ferner, daß sie unter der richtigen Adresse erfolgt. Ist der Verkäufer bezw. sein Vertreter oder der Wohnsitz des Adressaten nicht richtig bezeichnet, z. B. wenn als Wohnort des Empfängers Gröningen bei Halberstadt anstatt Gröningen in Holland angegeben ist, so ist die Anzeige nicht ordnungsmäßig.[4]) Sie muß in diesem Falle wiederholt werden; ist die wiederholte Anzeige nicht mehr rechtzeitig, so gilt die Ware als genehmigt.

Der Käufer kann sich bei der Absendung der Anzeige eines zuverlässigen Boten bedienen. Als solche würden z. B. der Handlungslehrling, Handlungsgehilfe, Dienstbote oder Dienstmann anzusehen sein. Bei der Auswahl des Boten hat der Käufer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Nicht genügen würde z. B. die Aushändigung der Anzeige durch den Käufer an ein Kind oder an einen Bekannten, der den Verkäufer aufzusuchen verspricht, den Besuch aber unterläßt oder bei der Ausführung des Besuches die Übergabe des Briefes vergißt.[5])

Hat der Verkäufer die Anzeige rechtzeitig und ordnungsmäßig abgesandt, dann ist es für ihn unerheblich, wenn die Anzeige infolge außergewöhnlicher Verhältnisse nicht an den Verkäufer gelangt ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Käufer, z. B. infolge Verkehrsstörung,

---

[1]) R. O. H. G., Bd. XIX, S. 154.

[2]) Staub, Bd. II, S. 1610, Anm. 26, Makower, Bd. II, S. 1265, Anm. b; Schönfeld im Recht, 1903, S. 288;
a. M. Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 285, Note 3.

[3]) Staub, Bd. II, S. 1610, Anm. 26.

[4]) Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXVI, S. 571.

[5]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 293, Note 2a.

vermuten konnte, daß die Beförderung der Anzeige ausgeschlossen sei. Unter Umständen kann aber die Wiederholung der rechtzeitig abgesandten Anzeige erforderlich sein, da ihre Unterlassung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen würde. Die Unterlassung würde in diesem Falle zwar nicht die Fiktion der Genehmigung nach sich ziehen, jedoch den Käufer für etwa entstandenen Schaden dem Verkäufer haftbar machen.[1])

c) Erfolgt die Anzeige *unter Anwesenden*, so muß sie in der Regel vom Verkäufer vernommen sein;[2]) doch genügt es auch, daß die vom Käufer abgegebene Erklärung rechtzeitig und von vorschriftsmäßigem Inhalt ist und in der Weise gemacht wird, daß der Verkäufer die Worte des Käufers hören kann. Ob er sie wirklich hört und versteht, ist hier wie bei der Anzeige unter Abwesenden gleichgültig.[3])

Der Erklärung unter Anwesenden steht die Erklärung durch den Fernsprecher gleich.[4]) Daß die Mängelanzeige mittels Fernsprechers zulässig ist, kann nicht zweifelhaft sein.[5]) Ist doch diese Art der Übermittlung der Mängelrüge eine besonders schnelle und für den Verkäufer auch insofern günstige, als er sofort weitere Vorschläge machen kann. Bedenklich aber erscheint es, die Mängelanzeige mittels Fernsprechers der Erklärung unter Anwesenden bezüglich des Erfordernisses gleichzustellen, daß sie nur dann wirksam ist, wenn sie der andere vernommen hat. Es würde eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Käufer sein, wenn man ihn im Falle einer besonders bei Gewittern eintretenden Störung des Fernsprechanschlusses, die den Empfang der Anzeige durch den Verkäufer verhindert, schlechter stellen wollte, als bei der Übermittlung der Anzeige durch einfachen Brief. Dazu liegt kein Grund vor, da die Inanspruchnahme des Fernsprechers ebenso ordnungsmäßig ist, als die Übersendung eines Briefes.

---

[1]) Hanausek, Bd. II, S. 18; Lehmann-Ring, Bd. II, S. 164, 165, Anm. 55.

[2]) Zitelmann, S. 96.

[3]) Makower, Bd. II, S. 1265, Anm. b.

[4]) Zitelmann, S. 96; vgl. B. G. B. § 147, Abs. 1, Satz 2.

[5]) Stübel, S. 437.

6. Die Kosten der Mängelanzeige.

Die Kosten der Mängelanzeige hat der Käufer zu tragen. Es gelten hier dieselben Regeln, die für die Pflicht des Käufers, die Kosten der Untersuchung zu tragen, maßgebend sind.[1])

IV. Die rechtlichen Folgen.

1. Im Falle der Unterlassung der Mängelanzeige.

a) Bei Qualitätsmängeln.

α) Die infolge der Unterlassung der Mängelanzeige eintretende Rechtsfolge ist die, daß die Ware als von dem Käufer genehmigt gilt.[2]) Der Unterlassung der Anzeige ist ihre schuldhafte Verzögerung gleichgestellt. Nur an die Unterlassung der Anzeige knüpft sich die Fiktion der Genehmigung, nicht auch an die Unterlassung der Untersuchung.[3]) Diese Folge tritt aber sowohl bei Unterlassung der Anzeige bezüglich erkennbarer als auch bezüglich nicht erkennbarer Mängel ein, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Anzeige bei ersteren als unterlassen angesehen wird, wenn sie nicht unverzüglich nach der Untersuchung erstattet wird, bei letzteren dann, wenn sie nicht unverzüglich nach der Entdeckung erfolgt.[4]) Nur dann gilt die Unterlassung der Anzeige nicht als Genehmigung des Käufers, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.[5])

β) Die Fiktion der Genehmigung hat zur Folge, daß der Käufer die Ware behalten muß und die aus ihrer Fehlerhaftigkeit entstandenen Ansprüche nicht mehr geltend machen kann, auch nicht Preisminderung oder Schadensersatz.[6]) Verweigert der Käufer die Annahme der Ware, so kommt er in Annahmeverzug.[7]) Ein Gegen-

---

[1]) vgl. oben B, II, 6, S. 48 f.

[2]) H. G. B. § 377, Abs. 2.

[3]) vgl. oben B, II, 1, a, S. 35 f.

[4]) H. G. B. § 377, Abs. 3.

[5]) H. G. B. § 377, Abs. 5; Jur. Wochenschr. 1902, S. 28, Nr. 22; vgl. unten V, 1, b, S. 72 ff.

[6]) Jur. Wochenschr. 1893, S. 238, Nr. 19; R. G., Bd. XXV, S. 27.

[7]) vgl. B. G. B. §§ 433, 293.

beweis des Käufers ist nicht zulässig, auch nicht auf Grund bestimmter Handlungen, die auf seine Nichtgenehmigung hindeuten.[1]) Auch wenn an Stelle der gesetzlichen Vorschriften andere vereinbart wurden, z. B. daß der Käufer nur Anspruch auf Nachbesserung habe, ist der Käufer seiner Rechte verlustig.[2]) Die Wirkung der Fiktion beschränkt sich aber auf diejenigen Rechtsfolgen, die unmittelbar aus dem Vorliegen der nunmehr als genehmigt geltenden Mängel entstanden sein würden. Hat der Käufer bei einer Sukzessivlieferung die Rüge bezüglich einer Teilsendung unterlassen, so wird dadurch sein Recht, die Mängel der folgenden Raten zu rügen, nicht berührt.[3])

γ) Dieselbe Wirkung, wie die Unterlassung der Mängelanzeige hat, abgesehen von der ausdrücklichen Genehmigung der Ware,[4]) die aus bestimmtem Verhalten des Käufers zu schließende stillschweigende Genehmigung.[5]) Eine solche würde z. B. vorliegen, wenn der Käufer die Ware weiterveräußert, obwohl er ihre Mängel kennt; besonders wird die Genehmigung dann anzunehmen sein, wenn die Weiterveräußerung in Widerspruch mit einer vorausgegangenen Beanstandung erfolgt.[6]) Hat der Käufer die Ware in dieser oder ähnlicher Weise genehmigt, so ist die Frage, ob die später erfolgte Anzeige rechtzeitig ist oder nicht, unerheblich. Wird eine solche Genehmigung nachträglich wegen eines Irrtums über die Beschaffenheit der Ware angefochten, so ist die Anfechtung bei Unterlassung rechtzeitiger Anzeige wirkungslos, da die Ware bereits gesetzlich als genehmigt gilt.[7])

b) Bei Quantitätsmängeln und Lieferung einer andern Ware.

α) Unterläßt der Käufer die Anzeige bei Lieferung einer andern als der bedungenen Menge von Waren oder bei Lieferung einer andern Ware, so gilt die Ware gleichfalls als genehmigt, da sämtliche

---

[1]) Staub, Bd. II, S. 1615, Anm. 38; R. O. H. G., Bd. VII, S. 309, Bd. XVI, S. 320.

[2]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 290, Note d.

[3]) Bolze, Bd. XXII, Nr. 440.

[4]) Jur. Wochenschr. 1902, S. 28, Nr. 22.

[5]) Jur. Wochenschr. 1899, S. 442, Nr. 28; 1902, S. 134, Nr. 46; R. G., Bd. XVII, S. 65; Bd. XXII, S. 78.

[6]) Jur. Wochenschr. 1899, S. 102, Nr. 43, 44; R. G., Bd. LIV, S. 80 ff.

[7]) Jur. Wochenschr. 1902, S. 28, Nr. 22.

Vorschriften des § 377 H. G. B. auch im Falle des § 378 Anwendung finden.[1]) Ist der Verkäufer von der bedungenen Menge abgewichen, so sind die Wirkungen der Genehmigung verschieden, je nachdem ein Einheitspreis vereinbart worden ist oder nicht.[2])

β) Bei Vereinbarung eines Einheitspreises für Stück, Maß oder Gewicht, wie sie in der Regel bei Gattungskäufen stattfindet, muß der Käufer bei Unterlassung der Anzeige das gelieferte Mehr behalten und bezahlen. Ist weniger geliefert, so kann der Käufer die Lieferung wegen des Fehlbetrages nicht ablehnen. Er braucht aber den Fehlbetrag hier nicht zu bezahlen, denn für das, was der Käufer nicht erhalten hat, kann er in diesem Falle vom Verkäufer nicht in Anspruch genommen werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Fehlbetrag so gering ist, daß er nicht in Betracht kommen kann, z. B. bei Waren, deren Gewicht durch Eintrocknen oder Veränderungen während des Transportes vermindert wird.

γ) Ist die Ware für einen nicht nach Einheiten der Quantität bestimmten Gesamtpreis gekauft, so darf der Käufer eine Mehrlieferung nicht zurückweisen. Unterläßt der Käufer aber die Mängelanzeige bei Lieferung einer geringeren als der bedungenen Menge, so muß er die Ware annehmen. Er kann hier keine Minderung des Kaufpreises verlangen.[3]) Es liegt in diesem Falle kein Grund vor, von der Regel abzuweichen, daß der Käufer, obwohl vertragswidrig geliefert ist, dennoch so zahlen muß, als wenn die Lieferung vertragsmäßig wäre.[4])

δ) Ist eine andere, als die bedungene Ware geliefert, so muß sie der Käufer behalten.[5])

2. Die rechtlichen Folgen im Falle der Erstattung der Mängelanzeige

a) Bei Qualitätsmängeln.

α) Die vom Käufer rechtzeitig und ordnungsmäßig erstattete Mängelanzeige verhindert den Eintritt der gesetzlichen Fiktion, nach

---

[1]) H. G. B. § 378.
[2]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 303, Note 3.
[3]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 304, Note 3.
[4]) Goldschmidts Zeitschr., Bd. LIV, S. 90; Recht 1905, S. 229, Nr. 1068.
[5]) R. O. H. G., Bd. XVIII, S. 239.

der die Ware als vom Käufer genehmigt gilt. Der Käufer *wahrt sich* durch die Anzeige vielmehr die ihm infolge der Mangelhaftigkeit der Ware zustehenden *Rechte*.[1]) Bezüglich der Art dieser Rechte finden mangels besonderer Vorschriften des Handelsgesetzbuches die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung.[2])

β) In der Regel hat der Käufer das Recht der *Wandelung* oder der *Minderung*, d. h. das Recht, Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen.[3]) Der Käufer hat die freie Wahl, welches von beiden Rechten er geltend machen will. Er ist an die von ihm verlangte Wandelung oder Minderung erst gebunden, wenn sie vollzogen ist. Erstreckt sich die Fehlerhaftigkeit nur auf einzelne von mehreren gelieferten Sachen, so kann nur bezüglich dieser gewandelt werden, auch wenn alle Sachen für einen Gesamtpreis verkauft sind. Gehören aber die Sachen zusammen und können die mangelhaften nicht ohne Nachteil von den übrigen getrennt werden, so kann sowohl der Käufer, als auch der Verkäufer verlangen, daß sich die Wandelung auf alle Sachen erstreckt.[4]) Ist die Hauptsache mangelhaft, so kann die Wandelung nur dann vollzogen werden, wenn sie auch auf die Nebensache erstreckt wird.[5]) Im Falle der Minderung geschieht die Herabsetzung des Kaufpreises in dem Verhältnis, in dem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte der Sache gestanden haben würde.[6])

Beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft und bei arglistigem Verschweigen kann der Käufer statt der Wandelung oder Minderung *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* geltend machen.[7]) Voraussetzung für die Geltendmachung dieses Rechtes ist ferner, daß der Fehler beim Kauf einer bestimmten Sache zur Zeit des Kaufes, beim Gattungskauf zur Zeit des Übergangs der Gefahr vorhanden ist.

Beim Gattungskauf kann der Käufer an Stelle der Wandelung oder der Minderung oder des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung

---

[1]) H. G. B. § 377, Abs. 4.
[2]) vgl. oben A, II, 2, S. 13 f.
[3]) B. G. B. § 462.
[4]) B. G. B. § 469.
[5]) B. G. B. § 470.
[6]) B. G. B. § 472, Abs. 1.
[7]) B. G. B. § 463.

die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.[1])

Diese Ansprüche verjähren in sechs Monaten, sofern der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat.[2]) Er kann seine Ansprüche nur innerhalb dieser Zeit geltend machen. Hat er dies versäumt, aber dem Verkäufer die Mängel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, so kann er auch nach Ablauf der Verjährungsfrist die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Der Anzeige oder ihrer Absendung wird der vor Vollendung der Verjährung vom Käufer gestellte Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, desgleichen die in einem zwischen dem Käufer und einem späteren Erwerber der Sache wegen eines Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer gegenüber erfolgte Streitverkündung gleichgestellt.[3])

γ) Wenn der Käufer die Ware angenommen hat, stehen ihm ausschließlich die oben aufgezählten Gewährleistungsansprüche zu. Hat der Käufer die Ware noch nicht angenommen, so können ihm weiter die Rechte aus dem Verzug beim gegenseitigen Vertrage zustehen,[4]) nämlich dann, wenn der Käufer die Ware zurückgewiesen hat und der Verkäufer keine mangelfreie Ware liefern kann oder will. Der Käufer kann in diesem Falle dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Lieferung vertragsmäßiger Ware mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange oder vom Vertrage zurücktrete.

Hat der Käufer die Mängelanzeige erstattet, aber die Ware noch nicht abgenommen,[5]) z. B. wenn er von Dritten, die dieselbe Ware erhalten hatten, von der Mangelhaftigkeit der Ware Kenntnis erhielt, so findet § 377 H. G. B. keine Anwendung, da es nicht zur Ablieferung gekommen ist. Ist die Annahme der Ware vom Käufer noch nicht erfolgt, aber bereits die Gefahr auf ihn übergegangen, so hat er die Wahl, ob er

[1]) B. G. B. § 480, Abs. 1.
[2]) B. G. B. § 477, Abs. 1.
[3]) B. G. B. § 478.
[4]) B. G. B. § 326.
[5]) Über Abnahme und Annahme vgl. B, I, 2, a, α, S. 22.

wegen Mängel der Ware die eben erwähnten Rechte aus dem gegenseitigen Vertrage oder die Gewährleistungsansprüche geltend machen will.[1])

Trägt der Verkäufer die Schuld an der Vertragswidrigkeit der Leistung, so muß dem Käufer ein allgemeiner Anspruch auf Schadenersatz zuerkannt werden.[2])

b) Bei Quantitätsmängeln und Lieferung einer andern Ware.

Im Falle der Lieferung einer andern als der bedungenen Menge von Waren oder einer andern Ware hat die Erstattung der Mängelanzeige zur Folge, daß die Fiktion der Genehmigung nicht eintritt. Der § 378 H. G. B. erklärt zwar die Vorschriften des § 377 für anwendbar; daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß auch die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über Gewährleistung für Sachmängel Anwendung finden.[3]) Zudem sind die Rechte des Käufers nicht Mängelansprüche im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs. Gesetzliche Bestimmungen, die in diesen Fällen an die Erstattung der Mängelanzeige Rechtswirkungen knüpfen, sind nicht vorhanden.[4])

V. Einschränkung bezw. Erweiterung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht.

1. Durch Gesetz.

a) Beim Viehkauf.

Beim Viehkauf finden die Vorschriften des § 377 H. G. B. keine Anwendung,[5]) wenn Gegenstand des Kaufes Tiere der im § 481

[1]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 292, Anm. b.

[2]) Staub, Bd. II, S. 1637, Anm. 100; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 71, 72; v. Blume, in Iherings Jahrbüchern, Bd. LV, S. 227 ff; vgl. auch Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern, Bd. XLIX, S. 104.

[3]) vgl. oben B, I, 3, b, β, S. 31.

[4]) Stübel, S. 450.

[5]) H. G. B. § 382; vgl. Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 228.

B. G. B. bezeichneten Art sind, und diese Tiere mit einem Hauptmangel behaftet sind,[1]) oder eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers, für den der Verkäufer die Gewährleistung übernommen hat oder einer zugesicherten Eigenschaft ermangeln, falls sowohl für den Fehler, als den Mangel der zugesicherten Eigenschaft eine Gewährfrist vereinbart ist.[2]) Dies hat seinen Grund darin, daß das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt, der Käufer solle die ihm wegen eines Mangels zustehenden Rechte verlieren, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist dem Verkäufer den Mangel anzeigt oder eine der Anzeige gleichwertige Handlung vornimmt.[3]) Da sich bei Viehmängeln nicht in gleicher Weise, wie bei andern Waren ein Zeitpunkt für die Bemessung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht feststellen läßt, so entspricht diese Vorschrift den Bedürfnissen des Viehhandels besser, als die Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Sehr oft lassen sich die Gewährmängel bei Haustieren bei sofortiger Untersuchung nicht erkennen und auch für die übrige Gewährzeit kann der Mangel dem Erwerber verborgen bleiben. Daher ist es notwendig, die Pflicht zur Anzeige erst an den Ablauf der Gewährfrist zu knüpfen. Da der Mangel erst in den letzten Stunden der Gewährfrist offenbar werden kann, so entsprach es der Billigkeit, dem Käufer über die Gewährfrist hinaus noch einen Zeitraum von zwei Tagen zur Erstattung der Anzeige zu gewähren.[4])

Handelt es sich um einen Kauf anderer als der im § 481 B. G. B. genannten Tiere oder um Lieferung einer größeren oder geringeren Menge oder eines anderen als des bedungenen Tieres, so findet § 377 H. G. B. Anwendung.[5])

b) Bei arglistigem Verschweigen eines Mangels.

α) Der Käufer ist nicht zur Untersuchung der Ware und zur Mängelanzeige verpflichtet, wenn der Verkäufer einen

---

[1]) B. G. B. § 482, Abs. 1.

[2]) B. G. B. § 492.

[3]) B. G. B. § 485.

[4]) Motive zum B. G. B., S. 255, 256.

[5]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 335; Makower, Bd. II, S. 1333.

Mangel der Ware arglistig verschwiegen hat.[1]) Bei Unterlassung der Anzeige gilt der verschwiegene Mangel nicht als genehmigt; dem Käufer steht sowohl der Gewährleistungs- als auch der Erfüllungsanspruch zu. In diesem Falle ist die Mängelanzeige nicht notwendig, da der Verkäufer den Mangel kennt. Der Schutz des § 377 H. G. B. kann ihm nicht zugebilligt werden, da er durch sein Verhalten wider Treu und Glauben verstoßen hat.

Diese Vorschrift ersetzt den Art. 350 a. H. G. B., in dem nicht von arglistigem Verschweigen, sondern von Betrug die Rede war. Die Änderung ist nicht nur herbeigeführt worden, um die Ausdrucksweise des Handelsgesetzbuches mit der Fassung des bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang zu bringen,[2]) sondern auch aus sachlichen Gründen. Die Vorschrift des Art. 350 fand in der Praxis teils eine engere, teils eine weitere Auslegung. Der letzteren Auffassung scheint sich der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „arglistiges Verschweigen" angeschlossen zu haben. In der ersten Kommission wurde nämlich beantragt, den Ausdruck „Betrug" beizubehalten, da die weitere Fassung den Käufer zu schikanösen Einreden veranlassen würde. Das führte zu der Entgegnung, daß die alte Fassung zu eng sei. Schikane des Käufers sei nicht zu befürchten, da er die Beweislast trage.[3])

β) Unter arglistigem Verschweigen eines Mangels versteht man ein *Nichterwähnen des dem Verkäufer bekannten Mangels*, das den Zweck hat den Käufer zu *täuschen*.[4]) Der Verkäufer muß also den Mangel gekannt haben. Es ist aber nicht erforderlich, daß der Verkäufer von dem Bestehen des Mangels volle Überzeugung erlangt hat. Es genügt schon, wenn infolge bestimmter Merkmale berechtigte Zweifel an der Mangellosigkeit der Ware in ihm auftauchten.[5]) Dagegen ist die bloße Möglichkeit, daß der Verkäufer bei gehöriger Aufmerksamkeit die Tragweite des Mangels für den Käufer erkennen

[1]) H. G. B. § 377, Abs. 5.

[2]) vgl. z. B: B. G. B. §§ 443, 460, 477, 478, 523, 540, 600, 637, 2385; Denkschrift zum Entw. eines H. G. B., S. 225.

[3]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 294, Note IX.

[4]) Recht, 1902, S. 577; Deutsche Juristenzeitung 1904, S. 89 ff.; R. G., Bd. LV, S. 214.

[5]) Jur. Wochenschr. 1903, S. 322.

werde, für die Annahme der Arglist nicht hinreichend.[1]) Unter Umständen kann die Entscheidung der Frage, ob der Verkäufer arglistig oder fahrlässig gehandelt hat, schwierig sein. Die Handlungsweise eines redlichen Kaufmanns ist dabei als Maßstab anzulegen. Deshalb wird man vom Verkäufer z. B. nicht eine mit besonderer Gefahr verbundene Untersuchung zur Beseitigung seiner Zweifel verlangen können. Sind aber die Zweifel derart, daß der Verkäufer annehmen muß, der Käufer werde bei Kenntnis des Tatbestandes die Ware unter den vereinbarten Bedingungen nicht kaufen, so handelt der Verkäufer arglistig. Wenn der Käufer auf die Möglichkeit des Vorhandenseins gewisser Mängel dadurch aufmerksam gemacht wird, daß der Verkäufer die Gewährleistung für diese Mängel ausschließt, so liegt keine Arglist vor.[2])

γ) Arglistiges Verschweigen ist *noch nicht* vorhanden, wenn der Verkäufer die Ware trotz Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit verkauft oder liefert. Dies ist besonders der Fall, wenn der Verkäufer annimmt, der Käufer werde die Mängel selbst entdecken, die Ware aber trotzdem behalten, da die Mängel unerheblich sind oder den Wert der Ware im allgemeinen oder speziell für den Käufer in Anbetracht der von diesem beabsichtigten Verwendung nicht vermindern. Oder der Verkäufer erwartet, daß der Käufer die Ware annehmen werde, wenn ihm bestimmte Zugeständnisse, z. B. Preisnachlaß oder Zusicherung besserer Lieferung für die Zukunft gemacht werden.[3]) Der Verkäufer braucht nicht alle ihm bekannten Umstände, die auf die Willensentschließung des Käufers Einfluß haben könnten, dem Käufer anzugeben, z. B. daß ein anderer die Ware bereits zur Verfügung gestellt habe.[4]) Anderseits kann der Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, ihm bekannte oder nur vermutete Mängel unaufgefordert mitzuteilen,[5]) z. B. beim Verkauf eines mit Schwamm behafteten Hauses oder eines bissigen Pferdes,[6]) desgleichen, wenn die Ware schon in das Eigentum

[1]) Jur. Wochenschr. 1904, S. 359, Nr. 13; R. G., Bd. LV, S. 210.

[2]) *Düringer-Hachenburg*, Bd. III, S. 295, Note IX a.

[3]) Jur. Wochenschr. 1906, S. 86, Nr. 5; R. O. H. G., Bd. II, S. 192, Bd. IV, S. 49; Bd. V, S. 323; R. G., Bd. I, S. 300; Bolze, Bd. IV, Nr. 713; a. M. *Makower*, Bd. II, S. 1268.

[4]) Goldschmidts Zeitschr., Bd. XL, S. 514.

[5]) Jur. Wochenschr. 1904, S. 167, Nr. 6; R. G., Bd. XLIX, S. 51.

[6]) Jur. Wochenschr. 1904, S. 359, Nr. 13; 1906, S. 548, Nr. 16.

eines andern übergegangen[1]) oder die Benutzung des Gegenstandes polizeilich verboten ist.[2]) Wenn der Käufer nach dem Vorhandensein bestimmter Mängel fragt, so besteht kein Zweifel an der Redepflicht des Verkäufers.[3])

δ) Zum Begriff des arglistigen Verschweigens gehört vielmehr, daß der Verkäufer außerdem die Absicht hatte, den Käufer zu täuschen. Wann die Täuschungsabsicht vorliegt, kann nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Sie wird in der Regel vorhanden sein, wenn der Verkäufer annimmt, daß der Käufer den Mangel nicht kennt, und daß er, wenn er den Mangel entdecken sollte, den Vertrag nicht abschließen oder die angebotene Ware nicht als Vertragserfüllung annehmen würde.[4]) Die Täuschungsabsicht kann sich in besondern Handlungen des Verkäufers äußern, z. B. in der bewußt wahrheitswidrigen Zusicherung von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften,[5]) in einer besondern Art der Verpackung,[6]) in der Verleitung zum Unterlassen der Untersuchung.[7]) Solcher Veranstaltungen bedarf es aber nicht.[8]) Auch aus rein passivem Verhalten des Verkäufers kann beim Hinzukommen weiterer Umstände Arglist gefolgert werden, z. B. wenn die Art der Verpackung die Mängel nicht erkennen läßt und der Verkäufer diese Tatsache für sich ausnutzt, indem er eine Aufklärung des Käufers unterläßt.[9]) Die Täuschungsabsicht wird aber in der Regel ausgeschlossen sein, wenn die Fehler ganz augenfällig sind.[10])

ε) Es ist immer eine arglistige Täuschung erforderlich. Grobe Fahrlässigkeit genügt nicht.[11]) Letztere wäre z. B. anzunehmen,

---

[1]) a. a. O. 1905, S. 13, Nr. 4.

[2]) a. a. O. 1904, S. 113, Nr. 9.

[3]) a. a. O. 1906, S. 329, Nr. 3.

[4]) Staub, Bd. II, S. 1655, Anm. 149; Makower, Bd. II, S. 1268.

[5]) Gruchot, Bd. XLVIII, S. 334; R. O. H. G., Bd. X, S. 338; R. G., Bd. I, S. 299.

[6]) R. O. H. G., Bd. II, S. 192.

[7]) Bolze, Bd. XI, Nr. 397.

[8]) Staub, Bd. II, S. 1656, Anm. 149; R. O. H. G., Bd. X, S. 337; Jur. Wochenschr. 1906, S. 86, Nr. 5;
a. M. Bolze, Bd. XIII, Nr. 438; Jur. Wochenschr. 1893, S. 163.

[9]) Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 296, Note c.

[10]) Bolze, Bd. XI, Nr. 397.

[11]) R. G. LXII, S. 300.

wenn ein Dritter dem Verkäufer das Vorhandensein gewisser Eigenschaften versichert, und dieser dem Käufer die Eigenschaft zusichert, ohne sich selbst Gewißheit darüber verschafft zu haben, selbst wenn er den Mangel bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen.[1]) Demnach handelt der Verkäufer nicht arglistig, falls er in gutem Glauben, wenn auch fahrlässig, dem Käufer das Fehlen eines Mangels der Unwahrheit entsprechend zugesichert hat.[2]) Ist die bloße Möglichkeit vorhanden, daß der Verkäufer bei gehöriger Aufmerksamkeit den Mangel erkennen mußte, so liegt trotzdem noch keine Arglist vor.[3]) Unter Umständen kann jedoch das Wissenmüssen der Arglist gleichstehen.[4])

ζ) Die Täuschungsabsicht braucht nicht erreicht zu sein. Es ist nicht notwendig, daß der Käufer durch die Täuschung zur Unterlassung der Mängelrüge bewogen worden ist,[5]) wie dies für den Begriff des Betrugs des Art. 350 a. H. G. B. angenommen wurde.[6]) Es genügt lediglich das als arglistiges Verschweigen charakterisierte subjektive Verhalten des Verkäufers. Sobald dieses vorhanden ist, wird der ursächliche Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen des Verkäufers und dem Vertragsschluß ohne weiteres angenommen.

η) Nicht nur vom Verkäufer persönlich, sondern auch von den Personen, deren Handlungen er zu vertreten hat,[7]) also seinen Bevollmächtigten und Gehilfen kann die Arglist begangen sein. Bei dem beim Kaufabschluß ausgeführten arglistigen Verschweigen können aber Zweifel entstehen, ob der Verkäufer sich seiner Angestellten zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, er also ohne weiteres für ihr Verschulden haftet, oder ob die Grundsätze der unerlaubten Handlung zur Anwendung kommen, der Verkäufer sich also damit entschuldigen könnte, daß er bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr

---

[1]) Jur. Wochenschr. 1905, S. 639, Nr. 3.

[2]) a. a. O. 1903, S. 535, Nr. 13; 1905, S. 79, Nr. 16.

[3]) a. a. O. 1904, S. 359, Nr. 13.

[4]) a. a. O. 1903, S. 435, Nr. 13.

[5]) Staub, Bd. II, S. 1657, Anm. 155; Düringer-Hachenburg; Bd. III, S. 296, Note d; Makower, Bd. II, S. 1268; R. G., Bd. LV, S. 210; a. M. Lehmann-Ring, Bd. II, S. 169, Nr. 74.

[6]) Jur. Wochenschr. 1897, S. 549, Nr. 22.

[7]) B. G. B. § 278.

erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.[1]) Da aber an das arglistige Verschweigen gesetzlich besondere Vertragspflichten geknüpft sind, so muß die Vermeidung der Arglist als Vertragspflicht angesehen werden. Der redliche Abschluß des Kaufes ist vom Gesetzgeber in gewissem Maße der Erfüllung einer Vertragspflicht gleichgestellt. Daher haftet der Verkäufer für ein als Arglist anzusehendes Verschulden seiner Bevollmächtigten und Gehülfen wie für ein Versehen bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit.[2])

Für das arglistige Verschweigen seines Rechtsvorgängers steht der Verkäufer nicht ein.[3])

ϑ) Die Arglist kann sowohl beim Abschluß als auch bei der Erfüllung des Kaufvertrages vorliegen. Jedoch ist für den Eintritt der Rechtsfolgen erforderlich, daß der Käufer beim Kaufabschluß die Mängel nicht kennt, bei Erfüllung des Kaufvertrages im Falle seiner Kenntnis die aus dem arglistigen Verschweigen ihm etwa entstehenden Rechte sich vorbehält.[4]) Eine nach dem Abschluß oder nach Ausführung des Vertrages verübte Arglist kann für den Käufer selbständige Ansprüche begründen.[5])

2. Durch Vertrag.

a) Die Vorschriften des § 377 H. G. B. sind nicht zwingend. Sie können daher von den Parteien abgeändert werden.[6]) Die Abänderung kann sich sowohl auf die Untersuchungs- als auf die Anzeigepflicht erstrecken und eine Einschränkung, Erweiterung oder gänzliche Erlassung bezwecken. Sie kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.[7]) Auch die Haftung des Verkäufers und die Verjährungsvorschriften können vertraglich geändert werden. Die Verjährungsfrist kann sowohl abgekürzt[8]) als auch verlängert[9]) werden. Die Verlängerung kann

[1]) B. G. B. § 831.
[2]) R. O. H. G., Bd. VI, S. 404, Bd. XV, S. 26; R. G., Bd. XXX, S. 44.
[3]) Hanausek, Bd. II, S. 360.
[4]) B. G. B. § 464.
[5]) R. O. H. G., Bd. II, S. 191.
[6]) R. O. H. G., Bd. I, S. 85; Bd. II, S. 379; Bolze, Bd. VIII, Nr. 501, Bd. XVI, Nr. 416.
[7]) R. O. H. G., Bd. XXIV, S. 291.
[8]) B. G. B. § 225, Satz 2.
[9]) B. G. B. § 477, Abs. 1, Satz 2.

sich jedoch nicht auf die über die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren hinausgehende Zeit erstrecken.[1]) Denn hinter den Vorschriften des § 477 B. G. B. stehen die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs.[2]) Eine unbegrenzte Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist würde zudem kaum einen praktischen Wert haben. Nichtig ist eine die Gewährleistung des Verkäufers ausschließende oder beschränkende Vereinbarung, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschweigt.[3])

b) Die Vereinbarung kann sich auf die Zeit der Untersuchung und Anzeige beziehen und dem Käufer entweder von vornherein oder nachträglich gestatten,[4]) nicht unverzüglich, sondern erst nach einer geraumen Frist zu untersuchen und die Anzeige abzusenden.[5]) Die Beantwortung der Frage, ob eine die Hinausschiebung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht enthaltende stillschweigende Vereinbarung vorliegt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.[6]) Die Frage wird zu bejahen sein, wenn der Verkäufer wußte, daß der Käufer zu sofortiger Untersuchung nicht imstande war.[7]) In der Weiterversendung der Ware durch den Käufer liegt aber keine stillschweigende Vereinbarung über die Ausdehnung der Untersuchungsfrist, auch dann nicht, wenn der Verkäufer von der Weiterveräußerung wußte.[8]) Nur wenn aus dem Vorliegen besonderer Umstände auf das Einverständnis des Verkäufers geschlossen werden kann, muß eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden, z. B. wenn dem Verkäufer bekannt war, daß dem Käufer zwischen der Ablieferung und der Weiterbeförderung der Ware keine Zeit zu ordnungsmäßiger Untersuchung blieb, oder ihm

---

[1]) Oertmann, S. 399, Anm. 5 b; Crome, Bd. II, S. 474, Anm. 10; v. Staudinger-Kober, Bd. II, S. 557, Anm. b; Gruchot, Bd. XXIX, S. 357;
a. M. Planck, Bd. II, S. 386, Anm. 5.

[2]) vgl. B. G. B. § 195.

[3]) Staub, Bd. II, S. 1612, Anm. 32; B. G. B. §§ 476, 276, Abs. 2.

[4]) Bolze, Bd. XXII, Nr. 457.

[5]) R. O. H. G., Bd. II, S. 379.

[6]) R. O. H. G., Bd. III, S. 82, 83.

[7]) Hanausek, Bd. II, S. 63, Anm. 29.

[8]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 258; Bd. XXIV, S. 259; vgl. oben B, III, 3, c, S. 58 f.

die zur Untersuchung erforderlichen Mittel fehlten, oder die Art der Verpackung die Untersuchung nicht zuließ.[1])

Durch den bloßen Vermerk in der Faktura kann die Untersuchungsfrist nicht einseitig zugunsten des Verkäufers abgekürzt werden. Die Genehmigung des Käufers ist erforderlich und zwar in der Regel ausdrückliche.[2]) Nur wenn derartige Vermerke zu ungunsten des Verkäufers lauten, muß ihre Gültigkeit angenommen werden, da der Verkäufer dadurch sein Einverständnis mit der Einhaltung der von ihm angegebenen Frist erklärt.[3])

Umgekehrt kann vereinbart werden, daß sofort oder innerhalb einer kurzen Frist nach der Ablieferung zu untersuchen und zu rügen ist. Nimmt z. B. der Käufer früher als am verabredeten Ablieferungstermin ab, so ist er verpflichtet, unverzüglich nach der Abnahme die Untersuchung und Erstattung der Anzeige vorzunehmen, wenn er nicht dem Verkäufer, nicht bloß dem Frachtführer gegenüber[4]) erklärt hat, daß er erst nach der Ablieferung untersuchen wolle.

c) Auch der Umfang der Untersuchung und Anzeige wird oft durch Parteivereinbarung beeinflußt. Die diesbezügliche Pflicht des Käufers kann eingeschränkt oder ganz erlassen werden.[5]) Auch die eigene Untersuchung des Käufers kann für nicht erforderlich erklärt werden.[6]) In der ausdrücklichen Zusicherung bestimmter Eigenschaften liegt unter Umständen ein Verzicht auf die Vornahme der Untersuchung,[7]) besonders wenn diese einen ungünstigen Einfluß auf die Ware ausüben würde. Daraus, daß die Untersuchungspflicht erlassen ist, kann aber noch nicht auf den Erlaß der Anzeige vom Käufer erkannter Mängel geschlossen werden.[8])

Bezüglich des Umfangs der Anzeige kann die Arbitrageklausel von Wichtigkeit sein. Durch diese Klausel bestimmen die Parteien, daß

---

[1]) R. O. H. G., Bd. II, S. 235; Bd. III, S. 393; R. G., Bd. LVII, S. 11; Busch, Bd. IX, S. 365; Bolze, Bd. IV, Nr. 734, Bd. IX, Nr. 547.

[2]) Busch, Bd. IX, S. 365; Bd. XVIII, S. 423; R. O. H. G., Bd. I, S. 88; Bolze, Bd. XV, Nr. 355.

[3]) Sächs. Archiv, Bd. IX, S. 694, 695; R. O. H. G., Bd. I, S. 240.

[4]) v. Hahn, Bd. II, S. 297 f.

[5]) Bolze, Bd. XVI, Nr. 420.

[6]) ebenda, Bd. V, Nr. 679.

[7]) R. O. H. G., Bd. VIII, S. 250.

[8]) Hanausek, Bd. II, S. 64, Anm. 33.

der Käufer die noch zur Vertragserfüllung geeignete Ware annehmen muß und bezüglich des Minderwerts nur Preisminderung verlangen kann, über die gewählte oder ernannte Arbitratoren entscheiden sollen.[1]) Dadurch erklären die Parteien zugleich, daß der Käufer zunächst nur ganz allgemein seine Unzufriedenheit mit der Ware auszusprechen braucht, die genau gehaltene Mängelanzeige aber erst während oder bis zum Schluß des Arbitrageverfahrens zu erstatten verpflichtet ist.[2])

Bei Zusendung einer Ausfallprobe genügt die auf das Muster beschränkte Untersuchung und Anzeige.[3]) Es ist aber jedesmal eine ausdrückliche oder aus den Umständen zu schließende stillschweigende Abrede oder ein Handelsbrauch erforderlich. Durch die bloße Übersendung des Ausfallmusters und die Erklärung des Verkäufers, daß er das Muster als Ausfallmuster betrachte, sowie durch das darauf folgende Schweigen des Käufers kann der Käufer nicht für verpflichtet gehalten werden, das Ausfallmuster bezüglich der Untersuchungs- und Anzeigepflicht der Ware selbst gleichzustellen.[4])

Im Gegensatz dazu kann auch vereinbart werden, daß die Untersuchung besonders eingehend vorgenommen werden, die Anzeige besonders genau abgefaßt sein muß.

VI. Die Beweislast.

1. Die Beweislast ist die für eine Partei zur Herbeiführung einer ihr günstigen richterlichen Entscheidung bestehende Notwendigkeit, diejenigen Tatsachen zu beweisen, die das Eingreifen eines ihr günstigen Rechtssatzes herbeizuführen geeignet sind. Die Verteilung der Beweislast erfolgt in der Weise, daß zunächst der Kläger diejenigen Tatsachen beweisen muß, die seinen Antrag rechtlich begründen. Sind diese Tatsachen bewiesen, dann muß der Beklagte die seine Einreden begründenden Tatsachen beweisen. Ist dies geschehen, so kommt der Kläger in die Lage, die Tatsachen zu beweisen, die seine Repliken begründen usw.

[1]) Staub, Bd. II, S. 1444, Anm. 24; vgl. Zander bei Gruchot, 49. Jahrg., S. 793.

[2]) R. O. H. G., Bd. XVIII, S. 204; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XXXIX, S. 344.

[3]) vgl. oben B, II, 5, c, δ, S. 47 f.

[4]) R. G. LXIII, S. 222.

a) Demgemäß muß der Käufer zur Geltendmachung seiner Rechte die rechtzeitige und ordnungsmäßige Mängelanzeige beweisen und zwar müssen die diesbezüglichen Darlegungen schon in der Klagebegründung enthalten sein.[1]) Zu diesem Zweck muß er ausführen, wann die Ware abgeliefert und die Mängelanzeige abgesandt worden ist.[2]) Bei verborgenen Mängeln muß auch der Zeitpunkt der Untersuchung angegeben werden. Die Darlegungen müssen genau sein,[3]) allgemeine Behauptungen genügen nicht.[4]) Behauptet der Käufer, er sei aus besondern Gründen nicht zur Anzeige verpflichtet, so trägt er hierfür die Beweislast.

Handelt es sich um verborgene Mängel, so muß der Käufer beweisen, daß der Mangel bei der Untersuchung nicht erkennbar war.[5]) Den Verkäufer trifft die Beweispflicht für die Behauptung, daß der Käufer die Mängel gekannt hat oder doch erkennen mußte.[6])

Arglistiges Verschweigen des Verkäufers oder besondere Vereinbarungen über den Erlaß oder die Beschränkung der Anzeigepflicht hat der Käufer zu beweisen.

b) Hinsichtlich der Gewährleistung für Mängel der Ware trägt der Verkäufer die Beweislast dafür, daß die Ware die gesetzlichen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat. Nur wenn bestritten wird, daß die Eigenschaft gewöhnlich vorausgesetzt wird, muß der Käufer den Beweis dafür erbringen. Behauptet der Käufer, daß eine bestimmte Eigenschaft vereinbart worden sei, so auch beim Kauf nach Probe, so muß der Verkäufer beweisen, daß er vertragsmäßig erfüllt hat und zwar sowohl beim Spezieskauf als auch beim Gattungskauf.[7])

---

[1]) Staub, Bd. II, S. 1645, Anm. 124; R. O. H. G., Bd. VII, S. 310; Bd. XXIII, S. 171;
a. M. Makower, Bd. II, S. 317, Anm. 3; Goldschmidts Zeitschr., Bd. XL, S. 511; Bolze, Bd. V, S. 665.

[2]) R. O. H. G., Bd. II, S. 337, Bd. IV, S. 46, Bd. VI, S. 210; R. G., Bd. III, S. 101, Bd. V, S. 30.

[3]) R. O. H. G., Bd. IV, S. 46.

[4]) R. G., Bd. III, S. 101, Bd. V, S. 30.

[5]) R. O. H. G., Bd. VII, S. 430; dies folgt auch aus der Wendung „es sei denn daß" (vgl. auch B. G. B. §§ 145, 244, 2053, Abs. 1, 2169, Abs. 1) aus der hervorgeht, daß derjenige die Beweislast tragen soll, der die Ausnahme von der Regel behauptet. Gleiche Bedeutung haben die Ausdrücke „wenn nicht", „sofern nicht".

[6]) R. O. H. G., Bd. X, S. 155.

[7]) Staub, Bd. II, S. 1646, Anm. 125.

Verlangt der Verkäufer beim Gattungskauf die Zahlung des Kaufpreises, so muß er, wenn die zu leistende Eigenschaft unbestritten ist, beweisen, daß die Lieferung vertragsmäßig ist und zwar auch, wenn der Fall des Annahmeverzugs auf seiten des Käufers vorliegt.[1]) Dasselbe gilt, wenn der Käufer über eine quantitativ unvollständige Leistung verfügt hat.[2])

c) Die Umkehrung der Beweislast tritt ein, wenn der Käufer die Leistung als Erfüllung angenommen hat und behauptet, daß die Leistung eine andere als die geschuldete oder unvollständig d. h. von geringerer Qualität oder Quantität gewesen sei.[3]) Wann eine Annahme als Erfüllung vorliegt, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.[4])

Desgleichen kehrt sich die Beweislast um, wenn der Käufer dem Verkäufer schuldhaft die Beweisführung erschwert oder unmöglich gemacht hat,[5]) z. B. durch Verlust oder Verbrauch einer vom Käufer vertragsmäßig aufzubewahrenden Probe.[6]) Besonders ist dies der Fall, wenn der Käufer die Ware verkauft, ohne dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Feststellung der Beschaffenheit der Ware zuzubilligen.[7]) Dadurch soll der dem Verkäufer schuldhaft verursachte Schaden wieder ausgeglichen werden.[8])

2. Die Beweisführung kann sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer durch Beantragung gerichtlicher Beweisaufnahme gesichert werden, da der Beweis der Mangelhaftigkeit nach Ablauf einer gewissen Zeit oft sehr schwierig oder ganz unmöglich ist. Der Antrag ist zulässig, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festgestellt werden sollen, aus denen ein Recht gegen den Gegner geltend gemacht werden soll.[9]) Ebenso kann der Verkäufer die Beweisaufnahme beantragen, wenn der Käufer ihm einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Ware

---

[1]) R. G., Bd. V, S. 28.
[2]) Jur. Wochenschr. 1890, S. 206, Nr. 20.
[3]) B. G. B. § 363; R. G., Bd. LVII, S. 400.
[4]) vgl. Staub, Bd. II, S. 1647, Anm. 128.
[5]) R. G., Bd. V, S. 29; Bd. XX, S. 6; Bd. LX, S. 152.
[6]) R. G., Bd. XI, S. 36.
[7]) R. O. H. G., Bd. XIX, S. 103; Bolze, Bd. V, 1141.
[8]) R. O. H. G., Bd. XII, S. 118; vgl. B. G. B. § 249, Satz 1.
[9]) Z. P. O. § 485, Abs. 1.

wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt hat. Auch der Unternehmer eines Werkes ist zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat.[1])

Diese Vorschriften finden nur beim Vorliegen von Mängeln der Ware, nicht auch bei Lieferung einer andern Ware oder einer andern als der bedungenen Menge von Waren Anwendung. Das Gericht ist verpflichtet, dem Antrage stattzugeben;[2]) zur Prüfung der Beweiserheblichkeit ist es nicht berechtigt. Auch wenn auf Antrag des Käufers die Beweisaufnahme schon vorgenommen worden ist, darf der Antrag des Verkäufers auf Beweisaufnahme nicht abgewiesen werden, selbst dann nicht, wenn er kein besonderes Interesse glaubhaft macht.[3]) Hat der Antragsteller Personen bezeichnet, die als Sachverständige vernommen werden sollen, so darf das Gericht ihre Vernehmung nicht ablehnen.[4])

---

[1]) Z. P. O. § 485, Abs. 2.
[2]) R. G., Bd. XLIX, S. 389.
[3]) R. G., Bd. XLIX, S. 389.
[4]) R. G., Bd. XLIX, S. 391.

Schluß.

Die Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf wurzeln in dem gewaltigen Umschwung der wirtschaftlichen Verhältnisse, der an der Schwelle des neunzehnten Jahrhunderts mit der Erfindung der Dampfmaschine und den auf die Verwertung elektrischer Kraft und der Technik sich erstreckenden Entdeckungen seinen Anfang nahm. Die folgende Zeit kennzeichnet sich durch unaufhörliche Fortschritte und Neuerungen auf diesen Gebieten. Die Ausbeutung der angeführten Errungenschaften für Industrie und Verkehr hatte ungewöhnliche Umwälzungen in diesen Wirtschaftszweigen zur Folge. Die Produktion wurde enorm gesteigert, die durch die großartigen Umgestaltungen und Verbesserungen der Transportmittel vervollkommneten Verkehrsanstalten immer leistungsfähiger, das Nachrichtenwesen immer vollendeter.

Die hierdurch bewirkte Vergrößerung des Marktes, die eintretende Beschleunigung und Hast des Wirtschaftslebens, und die Zunahme der Konkurrenz konnten nicht ohne Einfluß auf den Handel bleiben. Auch dieser bewegte sich in ungleich kürzeren Abmessungen als früher, und dadurch wurde auch die Stellung des Verkäufers dem Käufer gegenüber eine andere. Der Verkäufer bedurfte eines erhöhten Rechtsschutzes. Es wäre unbillig, wenn man den Verkäufer sechs Monate in Ungewißheit darüber lassen wollte, ob der Käufer beabsichtige, auf Grund eines Sachmangels Ansprüche gegen ihn geltend zu machen. Diese Frist eignet sich wohl für den bürgerlichen Verkehr. Für den Handelsverkehr aber war im Interesse der Verkehrssicherheit ihre Abkürzung ein dringendes Bedürfnis. Dem Verkäufer mußte unverzüglich die Gewißheit darüber verschafft werden, wie sich die Rechtsverhältnisse aus dem Kauf für ihn gestalten würden.

Aber die Entwicklung scheint noch nicht abgeschlossen zu sein. Neuerdings gewinnt es den Anschein, als ob das Luftschiff dazu berufen sei, als Verkehrsmittel eine bedeutende Rolle zu spielen. Wenn diese geniale Erfindung erst die zur Ausführung regelmäßiger Fahrten erforderliche Sicherheit erlangt haben wird, dann wird es als wahrscheinlich schnellstes Transportmittel den Handel in noch schnellere Bahnen lenken, als bisher, um vielleicht Anstoß zu neuen Bestimmungen über Mängelhaftung beim Handelskauf zu geben.